

Die Allgemeinen Deutschen
Spediteurbedingungen
in Verträgen mit
Deutschen und Ausländern

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktor-Grades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
in Frankfurt am Main

vorgelegt von
Jürgen Krieg
aus Danzig

1964

1965

Die Allgemeinen Deutschen
Speditionsbefugnisse
in Verträgen mit
Deutschen und Ausländern

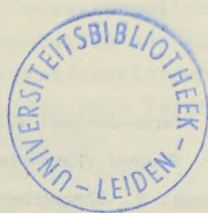
Digitized by the Internet Archive
in 2026



vorgelegt von
Jürgen Fehle
aus Dusseldorf

Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen in Verträgen mit Deutschen und Ausländern

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktor-Grades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
in Frankfurt am Main



vorgelegt von
Jürgen Krieg
aus Danzig

1965

Die Allgemeinen Deutschen
Spezialbedingungen
in Verträgen mit
Deutschen und Ausländern

Vertragshandbuch
zur Ergänzung des Lehrbuchs
des Rechtsverkehrslehres
des Herrn Dr. Hans-Jürgen Abraham
in Frankfurt am Main

Erstgutachter: Prof. Dr. Hans-Jürgen Abraham

Zweitgutachter: Prof. Dr. Rudolf Wiethölter

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Dezember 1964

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Einleitung	1
Erster Teil	
Die ADSP in Speditionsverträgen mit Deutschen	
Erstes Kapitel	
Rechtsnatur und Geltungsbereich der ADSP	
A) Die Entstehungsgeschichte	5
B) Die Rechtsnatur der ADSP	6
C) Der Geltungsbereich der ADSP	9
Zweites Kapitel	
Die Vereinbarung als Geltungsgrund der ADSP .	13
Drittes Kapitel	
Die Geltung der ADSP ohne Vereinbarung in	
Rechtsprechung und Rechtslehre	19
A) Allgemeines	19
B) Die Ansicht des Bundesgerichtshofes . . .	20
C) Die Lösungen in der Rechtslehre	22
I. Die Verletzung vorvertraglicher Pflichten und Obliegenheiten des Kunden . . .	22
1) Die Obliegenheitsverletzung	22
2) Das Verschulden beim Vertragsschluß .	26
3) Das Mitverschulden	27
4) Die Vertrauenshaftung	28
5) Das typische soziale Verhalten . . .	29
II. Die Ersetzung der Zustimmung des Kunden nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) . . .	29

- IV -

III. Die Rechtsgeschäftsdefinition	31
IV. Die Geltung aus dem "Imperativcharakter".	33
V. Die Verweisung kraft normierender Verkehrssitte	34
VI. Die Vertragsergänzung durch den Handelsbrauch	40

Viertes Kapitel

Die Geltung der ADSp als Handelsbrauch und Verkehrssitte	46
A) Die Vertragsergänzung	46
I. Der Begriff	46
II. Das Verhältnis zum dispositiven Recht .	48
B) Der Handelsbrauch	52
C) Die ADSp als Handelsbrauch	57
I. Die tatsächliche Übung	57
1) Die langjährige Anwendung	57
2) Die §§ 39 a und 41 c ADSp	57
3) Die Gelegenheitsspediteure	60
4) Die Anwendung aller Klauseln	61
II. Der Geltungswille	62
1) Die Verladerschaft	62
2) Die Motive	65
3) Die §§ 39 a, 41 c ADSp	66
4) Der Einwand Lukes'	67
III. Der Geltungsbereich	67
IV. Einwendungen gegen die Verkehrs- und Handelsüblichkeit der ADSp	72
1) Die Entstehungsprozedur	72
2) Die Zahl der Aufsteller	73
3) Der Umfang	74
4) Die Sprache und die Fixierung	75

V. Die Beweislast	76
D) Vergleich mit der Lösung des Bundesgerichts- hofes und Zusammenfassung	78

Zweiter Teil

Die Verträge des Spediteurs im Internationalen Privatrecht

A) Der Anwendungsbereich des Kollisionsrechts	81
B) Das Vertragsstatut	82
I. Die Rechtsgrundlage	82
II. Grenzen des Vertragsstatuts	84
1) Die Wahl eines Kollisionsrechts . .	84
2) Das Formstatut	85
3) Das Sach- und Deliktsstatut	86
4) Das "Vertragsabschlußstatut" und die Rechtswahlabrede	87
C) Die Formen der Rechtswahl	90
I. Die ausdrückliche Vereinbarung	90
II. Die stillschweigende Rechtswahl	92
D) Die Gesetzesumgehung	95
I. Der Tatbestand	95
II. Der ordre public	96
III. Der Rechtsmißbrauch	97
IV. Die Umgehung deutschen Rechts	98
V. Die Umgehung ausländischer Rechtsnor- men	100
E) Das Vertragsstatut beim Fehlen einer Rechts- wahl	102

I. Der "hypothetische Parteiwille"	102
1) Die dogmatische Grundlage	102
2) Der hypothetische Parteiwille in der Rechtsprechung und Rechtslehre	105
II. Das Hilfsstatut für die Verträge des Spe- diteurs	107
III. Die Anknüpfung an den Erfüllungsort . . .	111
F) Zusammenfassung	111

Dritter Teil

Die ADSp in Verträgen zwischen Deutschen und Ausländern

A) Die Geltung der ADSp gegenüber Ausländern nach deutschem Recht	113
I. Die Vereinbarung als Geltungsgrundlage . .	113
II. Die Geltung der ADSp ohne Vereinbarung in Rechtslehre und Rechtsprechung	113
III. Die Anwendung der ADSp als Handelsbrauch.	118
1) Deutsche Handelsbräuche und Ausländer.	118
2) Die eigene Ansicht	123
B) Die Auswirkungen der ADSp im internationalen Speditionsvertrag im Rahmen deutschen Rechts	128
I. Deutscher Spediteur	128
1) Vorbemerkung	128
2) § 63 ADSp	128
3) Das Pfandrecht	130
4) Der SVS-Schutz	131
II. Ausländischer Spediteur	133

1) Allgemeines	133
2) Die Vereinbarung der ADSp	133
3) Der SVS-Schutz	136
C) Die Auswirkungen der ADSp im Rahmen ausländischen Rechts	138
I. Ausländischer Spediteur	138
II. Deutscher Spediteur	140
Schluß	143
Anhang	147
Literaturverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XVII

VIII

LITERATURVERZEICHNIS

- Abraham,
Hans-Jürgen Das Seerecht
2. Aufl., Berlin 1960
- " Das Recht der Luftfahrt, früher heraus-
gegeben von Schleicher und Reyman
I. Bd., Berlin, Köln 1960
- " Die Grade des Verschuldens des Luft-
frachtführers... ZIR 1954, 255 ff.
- Balfanz,
Dieter Güterkraftverkehrsgesetz
Loseblattkommentar, Frankfurt/M. 1963
- Batiffol,
Henri Traité élémentaire de droit
international privé,
3. Aufl., Paris 1959
- Baumbach-Duden HGB- Kommentar, 16. Aufl.,
München, Berlin 1964
- Baumbach-
Lauterbach ZPO- Kommentar, 26. Aufl.,
München, Berlin 1961
- Baumert, Georg Tatbestand und Haftungsmaßstab der ein-
zelnen Pflichten bei der culpa in
contrahendo, Diss. Berlin 1955
- Beitzke, Günther Grundgesetz und Internationalprivat-
recht. Ein Vortrag. Berlin 1961
- Brändl, Franz Der Parteiwille in der Rechtsprechung
des RG zu dem auf Vertragsverbindlich-
keiten anwendbaren örtlichen Recht
LZ 1925 Spalte 816 ff.
- Bruck-Möller Kommentar zum Versicherungsvertrags-
gesetz und zu den Allgemeinen Versi-
cherungsbedingungen
8. Aufl., Bd. I, Berlin 1961
- v. Brunn,
Johann Die formularmäßigen Vertragsbedingun-
gen der deutschen Wirtschaft
2. Aufl., Köln, Berlin 1956

IX

- | | |
|----------------------------|---|
| Burchard, Johannes Leopold | Das Recht der Spedition
Stuttgart 1894 |
| Bussmann, Kurt | ADSp, Handelsbrauch und Kartellrecht
WuW 1955, 275 ff. |
| Capelle, Karl-Hermann | Handelsrecht (Studienbuch)
6. Aufl., München, Berlin 1958 |
| Cheshire, G.C. | Private International Law
6. Aufl., Oxford 1961 |
| Danz, Erich | Die Auslegung der Rechtsgeschäfte
3. Aufl., Jena 1911 |
| Düringer-Machenburg | Das HGB, 3. Aufl., Mannheim usw. 1932
bearbeitet u.a. von
GEILER, Bd. II, 1. Hälfte
BREIT, HOENIGER, WERNER, Bd. IV
BING, J. LEHMANN, Bd. V, 2. Hälfte |
| Dumont, Marc | Die Haftung des Spediteurs auf Grund
des europäischen Speditionsgewerbes
unter bes. Berücksichtigung des schwei-
zerischen Spediteurverbandes
Diss. Bern 1939 |
| Enneccerus-Lehmann | Recht der Schuldverhältnisse
15. Aufl., Tübingen 1958 |
| Enneccerus-Nipperdey | Der Allgemeine Teil des Bürgerl. Rechts
15. Aufl., 1. Teil, Tübingen 1959 |
| Erman | Handkommentar zum BGB, 2 Bände,
bearbeitet u.a. von HEFERLEHL u. ARNDT
3. Aufl., Münster 1962 |
| Esser, Josef | Schuldrecht, Ein Lehrbuch
2. Aufl., Karlsruhe 1960 |
| Etzler, Harbod | Der Geltungsgrund der AGB
Diss. Göttingen 1961 |
| Perid, Murad | Die allgemeinen Lieferbedingungen
für den Export von Anlagegütern
Köln 1954 |
| " | Zum Abschluß von Auslandsverträgen
Düsseldorf 1954 |

- | | |
|-------------------------|---|
| Flume, Werner | Rechtsgeschäft und Privatautonomie
in: Ftschr. zum 100jährigen Bestehen
des DJT, Bd.I, Karlsruhe 1960, S.135 ff. |
| Gallois, Hermann | Handelsbräuche, Gewohnheitsrecht
und AGB im Rechtsleben, JR 1956, 45 ff. |
| " | Die wachsende Bedeutung der Verkehrs-
sitte und ihre Einwirkung auf nach-
giebiges Recht, JR 1956, 409 ff. |
| Gamillscheg,
Franz | Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaß-
licher Parteiwille im intern. Ver-
tragsrecht, AcP 157 (1959) 303 ff. |
| Geßler-
Hefermehl | AGB- Kommentar, begründet von
SCHLEGELBERGER, bearbeitet u.a.von:
W. HILDEBRANDT, Bd.I, Berlin usw. 1955
" Bd.III, Berlin usw. 1956
SCHRÖDER Bd. IV, Berlin usw. 1957 |
| Gierke,
Julius v. | Handelsrecht und Schifffahrtsrecht
8. Aufl., Berlin 1958 |
| Guthke,
Christian | Das Wirksamwerden allgemeiner Geschäfts-
bedingungen, Diss. Münster 1958 |
| Gutzwiller, Max | Internationalprivatrecht, in: "Das
gesamte deutsche Recht", herausgegeben
von STAMMLER, Bd.I, Berlin 1931, S.1515 ff. |
| Gutzwiller-
Niederer | Gutzwiller, Max, und Niederer, Werner,
Beiträge zum Haager Internationalpri-
vatrecht 1951, Freiburg/Schweiz 1951 |
| Häwert, Peter | Die Ansprüche des Auftraggebers oder
eines Dritten gegen den Spediteur aus
Speditionsvertrag...nach deutschem,
schweizerischem und englischem Recht
Diss. Berlin 1960 |
| Hald, Karl | Handbuch für Spedition und Verkehr
3. Aufl., Darmstadt 1954 |
| Hamelbeck,
Bernhard | Begriff, Arten und Verbindlichkeit
der AGB, Berlin 1930 |
| Haudek, Wilhelm | Die Bedeutung des Parteiwillens im
IPR, Rechtsvergl. Abhandlungen Heft
VIII, Diss. Berlin 1931 |

- Haupt, Georg Über faktische Vertragsverhältnisse
Leipziger rechtswiss. Studien,
Heft 24, Leipzig 1941
- Hein-Eichhoff Güterkraftverkehrsgesetz
Pukall-Krien Loseblatt-Kommentar, 2 Bd., Berlin 1953 ff.
- Henckel, Die ergänzende Vertragsauslegung
Wolfram AcP Bd. 159 (1960) 106 ff.
- Heymann- HGB- Kommentar
Kötter 20. Aufl., Berlin 1950
- Hildebrandt, Das Recht der AGB
Heinz AcP Bd. 143 (1937) 328 ff.
- Hildebrandt, Zulässigkeit und Wirkung von AGB
Wolfgang JR 1955, 325 ff.
- Hoffmeyer, Die Gerichtswahlklausel im Konnossement
Volkert Eine rechtsvergl. Studie Karlsruhe 1962
- Hootz, Grenzen der Freizeichnung des Spediteurs.
Christian - § 41. ADSp - Hamburger Rechtsstudien
Heft 44 Hamburg 1954
- Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht
Ernst-Rudolf 2. Auflg. I. Bd. Tübingen 1953
II. Bd. Tübingen 1954
- Isaac, Das Recht des Spediteurs
Martin Berlin 1928
- Isele, Grundprobleme der AGB
Hellmut Georg JuS 1962, 308 ff.
- Kahn-Freund The Law of Carriage by Inland Transport
London 1956
- Kegel, siehe Soergel-Siebert
Gerhard (zitiert nach Art. des EGBGB)
- " Internationales Privatrecht,
Studienbuch, Berlin, München 2. Aufl. 1964
(zitiert: Studienbuch)
- Koenige- Handausgabe des HGB
Teichmann- 3. Aufl., Mannheim usw. 1932
Köhler
- Krause, Allgemeine Geschäftsbedingungen und das
Hermann Prinzip des sozialen Rechtsstaates
BB 1955, 265 ff.
- " Schweigen im Rechtsverkehr
Marburg 1933

XII

- | | |
|--------------------------|---|
| Krien/Hay | Die ADSp. Kommentar
Berlin 1959 |
| Krien/Schmid-
Loßberg | ADSp und SVS/RVS
2. Aufl., Hamburg 1958 |
| Kronstein,
Heinrich | Recht und wirtschaftliche Macht
Ausgewählte Schriften, Karlsruhe 1962 |
| Larenz, Karl | Lehrbuch des Schuldrechts
6. Aufl., Bd. I, München, Berlin 1963 |
| " | Ergänzende Vertragsauslegung und dis-
positives Recht, NJW 1963, 737 ff. |
| Lehmann,
Heinrich | Allgemeiner Teil des BGB
10. Aufl., Berlin 1958 |
| Lewald, Hans | Das deutsche IPR auf der Grundlage der
Rechtsprechung, Leipzig 1931 |
| Lorenz, Werner | Vertragsabschluß und Parteiwille im
intern. Obligationenrecht Englands
Heidelberger rechtswiss. Abhandlun-
gen neue Folge Nr. 1, Heidelberg 1957 |
| " | Konsensprobleme bei internationalen
schuldrechtlichen Distanzverträgen
AcP 159 (1960) 193 ff. |
| Lukes, Rudolf | Der Kartellvertrag
München, Berlin 1959 |
| " | Grundprobleme der AGB
JuS 1961, 301 |
| Manigk, Alfred | Irrtum und Auslegung
Berlin 1918 |
| " | Das rechtswirksame Verhalten
Berlin 1939 |
| Mann, Frede-
rick A. | Die intern. privatrechtliche Partei-
autonomie in der Rechtsprechung des
BGH, JZ 1962, 6 ff. |
| Meeske | Die Unterwerfung unter AGB
BB 1959, 857 ff. |
| Mehl, Hans-Otto | Handelsbräuche des § 346 HGB in kartell-
rechtl. Sicht, Diss. Mainz 1954 |

XIII

Melchior, George	Die Grundlagen des deutschen IPR Berlin/Leipzig 1932
Metz, Martin	Die Geltung der ADSP Diss. Bonn 1960
Möller, Hans	Die ADSP und die dazugehörenden verschiedenen Versicherungsregelungen BB 1962, 394 ff.
Moser, Rudolf	Vertragsabschluß, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht St. Gallen 1948
Mroch, Karl Egbert	Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen Karlsruhe 1960
Müller-Erzbach, Rudolf	Deutsches Handelsrecht 2./3. Aufl. Tübingen 1928
Neuhaus, Paul-Heinrich	Die Grundbegriffe des IPR Berlin/Tübingen 1962
Neumann, Konrad	Vertragsgültigkeit und Parteiwille in Lehre und Rechtsprechung des intern. Schuldrechts Beiträge zum IPR u. zur Rechtsvergleichung, herausgeg. von Gutzwiller Heft 1 (Diss.) Heidelberg 1930
Neumeyer, Karl	IPR, Ein Grundriß 2. Aufl. München 1930
Neuner, Robert R.	Der Sinn der intern. privatrechtl. Norm Brünn, Prag 1932
Niederer, Werner	Einführung in die allg. Lehren des IPR 3. Aufl. Zürich 1961
Nußbaum, Arthur	Internationales Privatrecht Tübingen 1932
"	Grundzüge des internationalen Privatrechts unter bes. Berücksichtigung des amerikanischen Rechts München/Berlin 1952
Oertmann, Paul	Rechtsordnung u. Verkehrssitte Leipzig 1914
Palandt, Otto	BGB. Kommentar 21. Aufl. München/Berlin 1962

XIV

- | | |
|-----------------|---|
| Pillet-Niboyet | Manuel de droit international privé
2. Aufl., Paris 1928 |
| Planck | Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz
Bd. VI Einführungsgesetz
3. Aufl., Berlin 1905 |
| Raape, Leo | Internationales Privatrecht
5. Aufl., Berlin 1961 |
| Rabel, Ernst | Das Problem der Qualifikation
Nachdruck Darmstadt 1956 |
| Raiser, Ludwig | Das Recht der AGB
Hamburg 1935 |
| Ratz, Paul | s. Reichsgerichtsräte-Kommentar z.HGB |
| RGRK HGB | Kommentar zum HGB, früher herausgegeben von Reichsgerichtsräten
2. Aufl., bearbeitet u.a. von:
WÜRDINGER Bd. I, Berlin 1953
v. GODIN Bd. III, Berlin 1963
RATZ Bd. V Berlin 1960

1. Aufl., bearbeitet u.a. von:
GADOW Bd. IV, Berlin 1943 |
| RGRK BGB | Kommentar zum BGB, früher herausgegeben von Reichsgerichtsräten
11. Aufl., Berlin 1959 |
| Ritter, Carl | Das Handelsgesetzbuch, Kommentar
Berlin 1910 |
| Römer, Gustav | Gesetzesumgehung im Deutschen IPR
Neue Kölner rechtswiss. Abhandlungen
Heft 2 (Diss.), Berlin 1955 |
| Ruwe, Heinz | Der Spediteur im Straßen-Güterverkehr
Augsburg 1957 |
| Sander, Freimut | Die Haftung des Spediteurs nach den ADSp und dem dispositiven Recht des HGB
Zugleich ein Beitrag zur Problematik der AGB, Diss. Frankfurt/M 1958 |

- ./.
- Sammlung der EWG-Kommission
Die wirtschaftsrechtliche Regelung des
Verkehrs mit Eisenbahnen, Kraftwagen und
Binnenschiffen in den Mitgliedstaaten der
EWG, Loseblattausgabe, Bonn 1962
- Savigny,
Friedr. Carl v. System des heutigen römischen Rechts
Bd. VIII (1849) Nachdruck Darmstadt 1956
- Schaps, Georg Das deutsche Seerecht
2. Aufl., bearbeitet v. Mittelstein, Sebba
3. Aufl., bearbeitet v. Abraham
(zitiert "Schaps-Abraham")
Bd. I Berlin 1959
Bd. II Berlin 1962
- Schlegelberger, Franz Seeversicherungsrecht, Allgemeine Deut-
sche Seeversicherungsbedingungen,
Kommentar, Berlin, Frankfurt/M. 1960
- Schreiber, Otto Handelsbräuche, Mannheim 1922
- Schröder s. Geßler-Hefermehl
- Schnitzer,
Adolf Handbuch des internationalen Privatrechts
4. Aufl., 2 Bde. Basel 1957/1958
- " Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes
Festschr. f. Gutzwiller, Basel 1959 S. 429 ff.
- Schwartz,
Gustav Die ADSp und die Speditionsversicherung
Herausgegeben vom Reichsverband der dt.
Industrie (ADSp-Kommentar, zitiert nach
§§ der ADSp), Berlin 1931
- " Verladende Wirtschaft und Speditions=ver-
sicherung, Zur Entstehung der ADSp
ZHR 125 (1963) 241 ff.
- Schweinburg,
Karl, u. a. Das europäische Speditionsrecht
Wien 1929
- Seither, Horst Das Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des
Spediteurs nach den ADSp
Diss. Würzburg 1960
- Siebenbürger,
Albrecht Der Vertragsschluß im US-amerikanischen
Recht unter bes. Berücksichtigung des
Rechts der AGB, Diss. Würzburg 1961

XVI

- Sieg, Karl Der Wirkungsbereich und die Feststellung von Handelsbräuchen
BB 1953, 985 ff.
- Slater's Mercantile Law
11. Aufl., London 1939
- Soergel-Siebert BGB Kommentar
9. Aufl., bearbeitet u.a. von:
SIEBERT, Bd. I, Stuttgart 1959
KEGEL, Bd. V, Stuttgart 1961
- Staub-Gadow Staub's Kommentar zum HGB
14. Aufl., bearbeitet u.a. von:
GADOW, Bd. III, Berlin, Leipzig 1933
- Staudinger Kommentar zum BGB
11. Aufl., bearbeitet u.a. von:
COING, Bd. I, Berlin 1957
WEBER, Bd. II Teil 1 b, Berlin 1961
9. Aufl., bearbeitet u.a. von:
RAAPE, Bd. VI b, München usw. 1931
- Stoll, Hans Kollisionsrechtliche Fragen beim Kommissionsgeschäft....
RabelsZ 24 (1959) 601 ff.
- Tobler, Gustav Der hyp. Parteiwille im intern. Vertragsrecht
Diss. Zürich 1949
- von Tuhr, Andreas Der Allg. Teil des Dt. Bürgerlichen Rechts
Teil I, Berlin 1910
Teil II 1, Berlin 1914
- ./.
Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages (1955 in Berlin), Band II Teil E:
Streitgespräch über die Zulässigkeit und Wirkung von AGB
Tübingen 1956
(zitiert: Verhandlungen DJT)
- Widmer, Hans-Werner Die Bestimmung des maßgeblichen Rechts im internationalen Vertragsrecht
Diss. Zürich 1944
- Wiemann, Horst Grundfragen der Kodifizierung des Kollisionsrechts in der DDR, NJ 1962, 246 ff.
- " Fragen der Gesetzgebung auf dem Gebiete des Kollisionsrechts der DDR
NJ 1962, 280 ff.
- Wolff, Martin Das Internationale Privatrecht
3. Aufl. Berlin 1954

ABKÜRZUNGEN

a.	auch
a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Orte
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
AGB.	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anm.	Anmerkung
AÖSp	Allgemeine Österreichische Spediteurbedingungen
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Sammlung arbeitsgerichtlicher Entscheidungen
Art.	Artikel
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Betrieb	Der Betrieb
BG	Bezirksgericht (in der Ostzone)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts (Schweiz)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs (Zivilsachen)
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
cc	codice civile
CIM	Convention Internationale concernant le Transport des Marchandises par Chemin de Fer = Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr
CIV	Convention Internationale concernant le Voiture par Chemin de Fer = Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnpersonenverkehr

KVIII

CMR	Convention relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route = Internationales Übereinkommen über den Straßengüterverkehr
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DR	Deutsches Recht
DVZ	Deutsche Verkehrszeitung
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl.	Einleitung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f., ff.	folgende Seite, folgende Seiten
FIATA	Fédération Internationale des Associations des Transporteurs et Assimilés = Internationaler Spediteurverband
Fschr.	Festschrift
GÜKG	Güterkraftverkehrsgesetz
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht, Hamburg
HBr	Handelsbrauch
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HrGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitung
HRr	Höchststrichterliche Rechtsprechung (Entscheidungssammlung)
IATA	International Air Transport Association = Internationales Luftverkehrs-Kartell
IPR	Internationales Privatrecht
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts
JhJb	Jherings Jahrbücher
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KVO	Kraftverkehrsordnung
LG	Landgericht

LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
NiemZ	Zeitschrift für internationales Recht, herausgegeben von Niemeyer
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OG	Oberstes Gericht (Ostzone)
OGH	Oberster Gerichtshof (Britische Zone)
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Recht, früher herausgegeben von Rabel
Recht	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts (Zivilsachen)
RiW	Recht der internationalen Wirtschaft
ROHG	Reichsoberhandelsgericht (Entscheidungssammlung des -)
RVS	Rollfuhrversicherungsschein
s.	siehe
S.	Seite
SchlHAnz.	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen des Reichsgerichts und oberster Gerichte
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SVS	Speditionsversicherungsschein
u.a.	und andere
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
Verhandl.	Verhandlungen (siehe im Literaturverzeichnis)
Verkehr	"Der Verkehr" (Wien)
VersR	Versicherungsrecht
VO	Verordnung

Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechtssammlung
WM	Wertpapiermitteilungen
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Z.	Zeitschrift
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
ZLR	Zeitschrift für Luftrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
z.T.	zum Teil
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (früher: ... und Konkursrecht)

E i n l e i t u n g

Das schnelle wirtschaftliche Zusammenwachsen der europäischen Länder, begünstigt vor allem durch den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, und die Ausweitung des Welthandels bringen es mit sich, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen deutscher Unternehmer in zunehmendem Maße auf Ausländer angewendet werden. Diese Entwicklung zeigt sich besonders im Verkehrsgewerbe. In diesem Wirtschaftszweig nimmt die Spedition durch ihre Mittlerrolle eine Schlüsselstellung ein, sie ist das "Ferment des Güterverkehrs"¹⁾. Auch ihre Geschäftsbedingungen, die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp), haben unter den Bedingungen der Verkehrsunternehmen und darüberhinaus besondere Bedeutung und Beachtung erlangt. Deshalb erscheint es gerechtfertigt, gerade an Hand der ADSp systematisch zu untersuchen, wie deutsche Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Ausländern gelten.

Außerdem fehlen - wie für die meisten Vertragsarten - für den Speditionsvertrag international einheitliche Regeln. Überstaatliches Speditionsrecht oder auch nur international vereinheitlichte Geschäftsbedingungen²⁾ gibt es nicht, wenn man von den auf die skandinavischen Länder beschränkten Bedingungen des Nordisk Speditörförbund absieht.

Allerdings hatte sich die Weltorganisation der Spediteure, die Fédération Internationale des Associations des Transporteurs et Assimilés, gemäß Artikel 2e ihres

1) Schlichting Transport-Dienst 1960, 1001

2) wie z.B. die IATA-Bedingungen oder die Allgemeinen Exportlieferbedingungen für Anlagegüter in der eisenverarbeiteten Industrie, veröffentlicht im Bundesanzeiger Nr. 171 vom 5.5.1953

Statutes eine Zeitlang mit der Aufstellung einheitlicher Geschäftsbedingungen befaßt. Die Bemühungen scheiterten jedoch an den zu großen Unterschieden in den nationalen Rechtsgrundlagen für das Speditionsgeschäft. Die Spedition wird im Ausland zwei völlig verschiedenen Rechtsinstituten zugeordnet: In den meisten romanischen Ländern¹⁾ wird der Spediteur einem Frachtführer, in vielen anderen Staaten wie in Deutschland²⁾ einem Kommissionär gleichgestellt. Auch die Speditionsversicherung, die nach deutschem Muster in einigen Ländern eingeführt wurde, hindert eine Anpassung des Speditionsrechts.

Deshalb ist vor einigen Jahren das Internationale Institut zur Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom beauftragt worden, ein internationales Übereinkommen über das Speditionsgeschäft im internationalen Verkehr zu entwerfen. Es soll als völkerrechtliches Abkommen von den interessierten Regierungen unterzeichnet und ratifiziert werden, so daß ein einheitliches Speditionsrecht für internationale Verträge geschaffen wird. Der Entwurf des römischen Institutes liegt in der Fassung vom Juni 1963 vor³⁾. Er weist Parallelen zu dem vom gleichen Institut entworfenen und von der Wirtschaftskommission für Europa (EEC) beratenen Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr von 1956 (CMR) auf, das in Deutschland am 5.2.1962 in Kraft trat.

- 1) Frankreich, Portugal, Spanien, Belgien sowie Griechenland, Ungarn
- 2) Österreich, Skandinavien, Niederlande, Italien, Türkei, vgl. dazu Schweinburg, Metz S.110-115, Dumont und Häwert; die Schweiz, England u. die USA nehmen eine Sonderstellung ein
- 3) Er ist - soweit ersichtlich - nicht veröffentlicht

Wenn die Bemühungen um ein einheitliches Speditionsrecht in einigen Jahren zum Ziele geführt haben, werden die ADSp ihre Bedeutung nicht verlieren. Sie werden weiterhin auf Speditionsverträge mit Ausländern über innerdeutsche Transporte und subsidiär auch auf Auslandstransporte Anwendung finden. Ähnlich war es in den Zweigen des Verkehrsgewerbes, in denen bisher die internationalen Rechtsbeziehungen einem einheitlichen Recht unterworfen worden sind. Im Luftverkehr sind die Bedingungen der International Air Transport Association (IATA) trotz des Warschauer Abkommens von 1929 und des Haager Protokolls von 1955 in Gebrauch und im Seeverkehr hat das Brüsseler Konnossementsabkommen von 1924, die sogenannten Haager Regeln, die Konnossementsbedingungen der Reedereien nicht verdrängen können¹⁾. Auch neben der CMR gelten aushilfsweise die ADSp.

Mit der Schaffung eines internationalen Speditionsrechts wäre zugleich die Forderung der Artikel 100 bis 102 des EWG-Vertrages erfüllt, die Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten einander anzugleichen.

Bevor mit der Darstellung der Regeln für die Anwendung der ADSp auf Ausländer begonnen werden kann, muß Klarheit darüber geschaffen sein, wie sie Deutschen gegenüber wirksam werden. Trotz eines fast unübersehbaren Schrifttums ist man bisher jedoch nur darüber einig, daß sie auf Grund einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung zwischen den Parteien Geltung erlangen. Wie ihre Anwendbarkeit ohne Vereinbarung dogmatisch zu begründen sei, ist immer noch lebhaft umstritten. Dieser Frage mußten daher gründliche Ausführungen

1) vgl. dazu Schaps-Abraham Anm.29 vor § 556 HGB; Abraham Luftrecht S.254

gewidmet werden. Sie münden in eine im wesentlichen neue Ansicht, die zugleich geeignet erscheint, das Problem der Anwendung nicht vereinbarter Geschäftsbedingungen auf Ausländer zu lösen.

Ob deutsches Recht auf Ausländer überhaupt Anwendung findet, richtet sich nach den Regeln des Internationalen Privatrechts. Die vorliegende Arbeit gliedert sich daher in drei Abschnitte. Zunächst soll die Geltung der ADSp auf Deutsche dargestellt werden, dann folgen die einschlägigen Rechtssätze des Internationalen Privatrechts und schließlich in einem dritten Teil die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der ADSp auf Ausländer. Dabei sollen einige Auswirkungen der Geltung der ADSp gegenüber Ausländern aufgezeigt werden. Da die ADSp gemäß ihrem § 2 für alle Geschäfte des Spediteurs, nicht nur für die Besorgung der Güterversendung, gelten sollen, werden in dieser Arbeit auch die Fracht-, Lager- und Kommissionsgeschäfte des Spediteurs mitbehandelt.

Teil I

Die ADSp in Speditionsverträgen mit Deutschen

1. Kapitel

Rechtsnatur und Geltungsbereich der ADSp

A) Die Entstehungsgeschichte

Über die Entstehungsgeschichte der ADSp ist bereits so viel geschrieben worden, daß hier nur wenige Angaben gemacht zu werden brauchen, die zum Verständnis der späteren Ausführungen unbedingt notwendig sind.

Aufbauend auf älteren Handelsbräuchen und Geschäftsbedingungen erarbeiteten 1926 Vertreter der Spitzenverbände der Spedition, der Industrie, des Groß- und Einzelhandels unter Vorsitz eines Mitgliedes des Deutschen Industrie- und Handelstages in 27 Beratungen die ADSp und den Speditionsversicherungsschein (SVS)¹⁾. Beide wurden in zahlreichen Zeitschriften veröffentlicht, bekannt gemacht und zur Anwendung empfohlen²⁾.

1929 kam es zu einer Revision der ADSp und vor allem des SVS. Dieser wurde um den Rollfuhrversicherungsschein (RVS) ergänzt³⁾. An den neuerlichen

1) vgl. Krien/Hay S. 16. In ähnlicher Weise wurden die Verladerverbände 1958/59 an der Revision der Bedingungen des Nordisk Speditörförbund von 1919 beteiligt (Bergstrand DVZ-Sonderheft SpeditEURtag 1960 S. 267 f.)

2) Sander S. 18, Schwartz ZHR 125/264

3) Sie war notwendig geworden, weil die SVS-Versicherer die inzwischen gewonnenen (negativen) Erfahrungen verwerten wollten, vgl. dazu ausführlich Schwartz ZHR 125, 252

Verhandlungen beteiligten sich zusätzlich der Zentralverband des Deutschen Bank- und Bankiersgewerbes und der Deutsche Versicherungsschutzverband¹⁾. Mit Ausnahme der Verkehrsbetriebe, des Handwerks und der Privatleute waren damit alle Gruppen vertreten, mit denen Spediteure Geschäfte abwickeln.

Auch die Neufassung wurde publiziert. Wissenschaftliche Bearbeitungen²⁾ und lebhaft Besprechungen in der juristischen und wirtschaftlichen Fachpresse folgten.

Nach drei weiteren Änderungen³⁾ erklärte der Reichsverkehrsminister am 29.12.1939 die ADSp mit dem SVS/RVS für verbindlich und verbot den Mitgliedern der Reichsverkehrsgruppe Spedition und Lagerei, andere Geschäftsbedingungen zu vereinbaren⁴⁾. Seit dieser Zeit sind die ADSp kaum noch, der SVS/RVS dagegen verschiedentlich, zuletzt 1951, sachlich geändert worden. Die Prämien sind allerdings laufend gestiegen.

B) Die Rechtsnatur der ADSp

Über die rechtliche Natur der Speditäurbedingungen werden im wesentlichen drei Ansichten vertreten. Die richtige, wohl herrschende Meinung sieht in ihnen Allgemeine Geschäftsbedingungen. Es sind Vertragsbestim-

1) Krien/Hay S. 20

2) Vgl. die Dissertationen von Beyer (Leipzig 1936), Hansen (Erlangen 1933), Hans Holz (Greifswald 1927), August Krusemeyer (Erlangen 1927), Neukirch (Göttingen 1933), Adolf Reith (Heidelberg 1931), Schiering (Hamburg 1932), Günther Tiede (Königsberg 1931), Georg Worm (Erlangen 1930). Diese Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit

3) 1930, 1937, 1939 vgl. Krien/Hay S. 22 f.

4) Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger Nr. 4 (5.1.1940) und Nr. 9 (11.1.1940)

mungen, die zu einem Komplex zusammengefaßt sind. Sie müssen in jedem einzelnen Fall grundsätzlich durch besondere Vereinbarung zum Vertragsinhalt erhoben werden. Diese Vereinbarung nennt R a i s e r¹⁾ treffend "Verweisung". Er spielt damit auf die Ähnlichkeit der Abrede mit derjenigen an, die die Parteien eines internationalen obligatorischen Vertrages treffen, um den Vertrag einem einheitlichen Recht zu unterstellen.

Nach einer älteren Ansicht sollen die ADSp als positives Recht²⁾ Rechtssatzcharakter tragen. Die Grundlage dieser Ansicht war die erwähnte Anordnung des Reichsverkehrsministers vom 29.12.1939, welche jedoch nur ein dem Verwaltungsrecht zuzuordnendes Gebot an die Mitglieder der Reichsverkehrsgruppe Spedition und Lagerei enthielt, ihren Geschäften stets die ADSp zugrunde zu legen³⁾. Mit der Auflösung der Reichsverkehrsgruppe war jegliche Bedeutung dieses Aktes erloschen. Die ADSp sind also keine Rechtsverordnung.

Für ihre Geltung als Gewohnheitsrecht⁴⁾ spricht immerhin die seit 1930 im wesentlichen unveränderte und seit 1939 reichseinheitliche tatsächliche Übung. Außer einer "longaeva consuetudo" bedarf es aber zur Bildung von Gewohnheitsrecht einer "opinio iuris omnium". Eine solche allgemeine Rechtsüberzeugung hat sich jedoch nicht gebildet. Vielmehr werden nicht nur gegen einzelne

1) S. 151

2) Herschel DR 1942, 754, Gadow RGRK HGB (1943) § 407 Anm. 28, Hamann MDR 1949, 209, Hald 1954, S.376, LG München 18.2.52 VRS 5, 346, OLG Kiel Schl.H.Anz. 1948, 103, KG MDR 1950, 286, missverständlich Derin-ger BB 1960, 889 ("als dispositives Recht"), OLG Köln Betrieb 1954, 695

3) Krien JR 1949, 54; Schmidt-Tophoff S. 187

4) Senckpiel JR 50, 581

Bestimmungen, sondern auch gegen den gesamten Komplex ADSp-SVS/RVS schwere Bedenken angemeldet¹⁾. Gewohnheitsrecht sind die ADSp daher nicht geworden.

Schließlich könnte man eine Parallele zwischen den ADSp, die zwischen den Spediteuren einerseits und der verladenden Wirtschaft andererseits ausgehandelt worden sind, und den Tarifverträgen suchen. In der Tat hat Hueck einen Teil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter der Bezeichnung "Richtlinienverträge" zusammen mit den Tarifverträgen dem Oberbegriff des Normenvertrages unterstellt²⁾. Die Konsequenz, daß der Inhalt eines "Richtlinienvertrages" Rechtssatzqualität besitze, hat er jedoch selbst nicht gezogen³⁾. Nur der Gesetzgeber kann anordnen, daß die Absprachen von Verbänden untereinander für jedes einzelne Mitglied eines der Verbände verbindlich sein sollen. Das ist zum Beispiel im Arbeitsrecht durch § 4 des Tarifvertragsgesetzes angeordnet. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf andere Arten von Verbandsabsprachen ist wegen des Ausnahmecharakters der Vorschrift nicht möglich⁴⁾.

Die ADSp sind also als Allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen.

1) vgl. Sander S.118 und passim; Raiser S.210, 311, Roquette JW 1938, 545 ff. 546

2) JhJb 73 (1923), 47 ff., ähnlich betont Isele S.300 die Verwandtschaft der ADSp und der Allg. Deutschen Seeversicherungsbedingungen mit Tarifverträgen

3) aaO S.51, 82

4) Im Ergebnis ebenso Raiser S.116, Isele S.309

C) Der Geltungsbereich der ADSp

Die ADSp werden in der Bundesrepublik angewandt. In Mitteldeutschland gelten sie mit der Maßgabe fort, daß an die Stelle des SVS/RVS der Verkehrsversicherungsschein getreten ist, der von den Landesversicherungsanstalten getragen wird¹⁾. Die meisten Speditionsbetriebe sind allerdings verstaatlicht, das heißt in sogenannte volkseigene Betriebe umgewandelt worden, so daß es heute praktisch keine Privatunternehmen mehr gibt²⁾. Gerichtsentscheidungen, in denen die ADSp eine Rolle spielten, sind nicht bekannt; Allgemeine Geschäftsbedingungen werden jedoch nach wie vor angewandt³⁾. Sie sollen inhaltlich in das neue Zivilgesetzbuch eingearbeitet werden⁴⁾.

Die Spediteure der Bundesrepublik Österreich haben die ADSp, zu deren Anwendung sie 1939 durch die Anordnung des Reichsverkehrsministers verpflichtet worden waren, nach Kriegsende mit geringen Abweichungen⁵⁾ übernommen und als Allgemeine Österreichische Spedi-

1) Krien/Hay § 39 Anm. 2 b VII

2) vgl. auch Samson Z.f.Ostrecht 1960, 32

3) Urteile des KG (Ostberlin) vom 2.5.1957 NJ 1959, 432 (obiter) und des OG vom 11.10.1957 NJ 1959, 792 (Allgemeine Haftpflichtversicherungsbedingungen)

4) vgl. auch Kleine NJ 63, 294

5) sie betreffen vor allem die Formulierung (z.B. §§ 1, 2, 5 u.a.), die Umstellung auf Schillingwährung, Auslassungen in Österreich unbekannter Rechtsinstitute (z.B. § 48 a - Orderlagerschein -) sowie die Ersetzung des § 65 b (Internationale Speditions-geschäfte unterliegen deutschem Recht) durch § 66 b (Recht des Vertragsabschlußortes). Schließlich enthalten sie eine Schiedsgerichtsklausel für Streitwerte bis 10.000 öS.

teurbedingungen (AÖSp) publiziert¹⁾.

Sachlich erstrecken sich die ADSp gemäß ihrem § 2a auf alle Geschäfte des Spediteurs. Daher heißen sie "Spediteur-" und nicht Speditionsbedingungen. Sie gelten also nicht nur für die Spedition, die § 407 HGB als Besorgung von Güterversendungen im eigenen Namen für Rechnung eines anderen definiert, sondern auch für die anderen Verrichtungen des Spediteurs. Dazu gehören vor allem die Lagerhaltung, der Güternah- und -fernverkehr, die Binnenschifffahrt und die Bank- und Versicherungsgeschäfte im Zusammenhang mit Transporten. Von diesem Grundsatz des einheitlichen Spediteur-Vertragsrechts machen § 2 ADSp selbst²⁾, aber auch die Praxis einige Ausnahmen³⁾.

Die einheitliche Anwendung der ADSp erspart die oft schwierige Klärung der Tatfrage, ob es sich um einen Speditions-, Fracht-, Lager- oder Geschäftsbesorgungsvertrag handelt⁴⁾. Der Spediteur und der Auftraggeber können ihre Rechte und Pflichten einem einzigen Bedingungskomplex entnehmen. Daß es praktisch und rechtlich zweckmäßig ist, auf ein Rechtsverhältnis nicht mehrere Allgemeine Geschäftsbedingungen anzuwenden,

-
- 1) Der Beschluß zur Übernahme wurde vom Fachverband der Spediteure in der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Sektion Verkehr, am 24.7.1947 gefaßt und danach im amtlichen Teil der "Wiener Zeitung" veröffentlicht
 - 2) Die ADSp gelten z.B. nicht, wenn der Spediteur als Erfüllungsgehilfe eines Verkehrsträgers handelt, für ihn gelten dann dessen Bestimmungen, z.B. KVO, EVO, IATA-Bedingungen
 - 3) Trotz § 2b Satz 2 ADSp werden bei Möbeltransporten ins Ausland die Beförderungsbedingungen für den Möbeltransport angewandt, vgl. auch Krien/Hay § 2 Anm. 15
 - 4) Krien/Hay § 2 Anm. 12

erkennt auch der Bundesgerichtshof an¹⁾.

Von besonderer Bedeutung ist das Verhältnis der ADSp zum Frachtrecht. Dieses findet auf die Geschäfte des Spediteurs in folgenden vier Fällen Anwendung:

- Wenn der Spediteur mit dem Auftraggeber keinen Speditions-, sondern einen Frachtvertrag abschließt, etwa weil er selbst Güterfernverkehr betreibt, ferner
- wenn er zwar einen Speditionsvertrag abschließt, aber einen festen Satz, einen Pauschalbetrag, für die Beförderungskosten vereinbart (vgl. § 413 Abs. 1 HGB), oder
- die Beförderung selbst ausführt (sogenannter Selbsteintritt, § 412 HGB), oder
- die Güter zusammen mit anderen in Sammelladung versendet (§ 413 Abs. 2 HGB).

Da die meisten Vorschriften des Frachtrechtes dispositiv sind²⁾, können die Parteien durch Vereinbarung der ADSp jene Vorschriften außer Kraft setzen. § 52 c ADSp sieht das ausdrücklich vor. Zwingende Normen bestehen aber vor allem im Bereich des Güterfernverkehrs. Wenn sich also ein Spediteur entschließt, einen Speditionsauftrag dadurch zu erfüllen, daß er selbst den Transport mit seinen Fahrzeugen ausführt, einen festen Übernahme-

-
- 1) BGH 18, 100 für die Allgemeinen Lagerbedingungen des Möbeltransports, die die ADSp verdrängen
 - 2) Die §§ 412, 413 HGB sind, soweit sie weiterverweisen, Definitionen und ebensowenig abdingbar wie z.B. § 407, das verkennen Ratz § 412 Anm. 4 u.ö., Schröder § 412 Anm. 9 u.ö., Krien/Hay S.365

satz vereinbart oder in Sammelladung versendet, treten die ADSp zurück, und zwar soweit, wie das Güterfernverkehrsrecht unabdingbar ist. Dieser Bereich ist allerdings sehr weit. Gemäß §§ 20 a, 106 Abs. 2 GüKG gehört auch die KVO zum - nach §§ 22 Abs. 2, 26 GüKG - zwingend gültigen "Tarif". Sie regelt die Rechte und Pflichten des Frachtführers sehr ausführlich, so daß für die subsidiäre Anwendung der ADSp¹⁾ wenig Raum bleibt²⁾.

Zwingend ausgestaltet ist auch das Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR). Es verdrängt für die gesamte Strecke, auch den deutschen Streckenanteil³⁾, das GüKG und die KVO. Soweit die CMR jedoch keine Regelung trifft, findet deutsches Recht aushilfsweise Anwendung. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß es nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts angewendet werden darf. Erst wenn das GüKG und die KVO keine einschlägige Regelung enthalten, kommen die ADSp zum Zuge, zum Beispiel mit der Gerichtsstandsklausel des § 65 a ADSp, nach der alle Rechtsstreitigkeiten am Ort der Niederlassung des beauftragten Spediteurs auszutragen sind⁴⁾.

-
- 1) Im Ergebnis gleich: Krien/Hay S. 73, 80 (2. Abs.), 365 (5. Abs.), Schmid-Loßberg MDR 63, 171, LG Wuppertal MDR 61, 506; der BGH läßt diese Frage im Urteil vom 25.10.1962 (BGHZ 38, 150 = NJW 63, 106) offen
 - 2) Die ADSp gelten z.B. für Spediteurfehler beim Verwiegen und der Frachtbriefausstellung; insoweit ist der Versender SVS-geschützt
 - 3) Der Beförderungspreis ist für die deutsche Teilstrecke in jedem Fall dem verbindlichen Tarif zu entnehmen, vgl. Bundesanstalt für den Güterfernverkehr, Transportdienst 1963, 950
 - 4) Vgl. Art. 31 CMR, der insoweit eine Vereinbarung zuläßt. Die KVO enthält keine Gerichtsstandsabrede

Auch im See- und Luftfrachtrecht gelten die ADSp entsprechend den soeben aufgezeigten Regeln subsidiär. Im Güternahverkehr und in der Binnenschifffahrt finden sie mehr Anwendung, weil es auf diesen Gebieten weniger unbedingbares Recht gibt. Eine ins einzelne gehende Darstellung würde hier allerdings zu weit führen.

2. Kapitel

Die Vereinbarung als Geltungsgrund der ADSp

Die ADSp bedürfen, wie erwähnt, als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu ihrer Geltung im Einzelvertrag der Verweisung. Sie ist ein Vertrag, meist aber ein Bestandteil des Speditionsvertrages. Sie kommt daher durch übereinstimmende Willenserklärungen des Spediteurs und des Auftraggebers zustande.

Statt des Wortes "Verweisung" gebraucht die Rechtsprechung - zumindest seit 1941¹⁾ - das Wort "Unterwerfung", um den Vorgang der Vereinbarung zu kennzeichnen. H e r s c h e l glaubt, in ihr eine besondere Rechtsfigur entdecken zu können²⁾. Eine dogmatische Verselbständigung ist jedoch nicht notwendig³⁾. Sie ist gekünstelt und lebensfern⁴⁾; das zeigt sich vor allem, wenn von "beiderseitiger Unterwerfung" gesprochen wird⁵⁾. Der Spediteur "unterwirft" sich nicht einer ihm günstigen Rege-

1) RG DR 1941, 1212

2) DR 1941, 1728

3) Staudinger-Coing Anm. 24a vor § 145

4) v. Brunn S. 81 f.

5) so BGHZ 17, 2 (ADSp), 12, 139 (KVO), 3, 203 (ALB),
ferner Metz S. 27

lung, selbst wenn sie von Dritten, nämlich seinem und anderen Verbänden aufgestellt wurde. Ausserdem ist der Ausdruck "Unterwerfung" irreführend, weil er den Anschein erweckt, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gälten bereits vor dem Abschluß des Einzelvertrages¹⁾. Sie erlangen nach richtiger Ansicht jedoch grundsätzlich erst durch eine besondere Abrede Wirksamkeit im Vertrag. Die Verweisung braucht daher hier, im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ebensowenig ver- selbstständig zu werden wie im Internationalen Privat- recht.

Zutreffend verwendet man das Wort Unterwerfung nicht zur Bezeichnung der Verweisung, sondern zur Umschreibung der Willenserklärung des Kunden, so daß die Verweisung aus der Unterwerfungserklärung des Kunden und der Willenserklärung des Unternehmers²⁾ entsteht.

Die Unterwerfungserklärung besitzt die Besonderheit, daß sie in vielen Fällen in Unkenntnis ihrer Bedeutung abgegeben wird. Der Kunde weiß nicht, welche Regeln die Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten. In tatsächlicher Hinsicht gleicht seine Handlung der Unterschrift unter eine ungelesene Urkunde, rechtlich ist sie als Risikoerklärung³⁾, Telquel-Erklärung⁴⁾, Pauschalwillenserklärung⁵⁾ oder Akzeptierung einer en bloc-Regelung⁶⁾ zu bewerten. Die Folgen der Unkennt-

1) Enneccerus-Nipperdey § 163 VI 2; S. 1008

2) Die Ausdrücke "Unternehmer" für den Aufsteller oder Verwender von AGB und "Kunde" für den Kontrahenten des Unternehmers benutzt Raiser, vgl. dort S. 19

3) Raiser S. 170, Herschel DR 1942, 755

4) Etzler S. 93

5) Krause BB 1955, 266

6) Staudinger-Coing Anm. 24a vor § 145. Ein Eingehen auf die heftig umstrittenen Einzelheiten soll hier unterbleiben

nis muß im Einzelfalle - wie auch sonst - der Erklärende tragen, auch wenn der Vertragsgegner annehmen muß, daß der andere die Geschäftsbedingungen nicht kennt. Der Unternehmer ist nicht generell verpflichtet, den Kunden auf seine Geschäftsbedingungen aufmerksam zu machen¹⁾. Lediglich dann, wenn dieser sich über Bedingungen im Unklaren ist, die seine Willenserklärung wesentlich beeinflussen können, ist der Unternehmer zu einem Hinweis aus den Grundsätzen der culpa in contrahendo²⁾ verpflichtet³⁾. Für den Spediteur ergibt sich diese Pflicht aus § 408 HGB und § 1 ADSp⁴⁾, wobei die beiden Vorschriften auf das Vorvertragsverhältnis natürlich nur entsprechend angewandt werden können. Die Pflicht bezieht sich nicht nur auf "harte" Klauseln⁵⁾. Entscheidend ist vielmehr, daß der Unternehmer die Ahnungslosigkeit des Partners erkannt hat. Wer sieht, daß sich sein Kunde über einen wesentlichen Punkt des Vertrages falsche Vorstellungen macht, muß diese richtig stellen. Zum Beispiel muß der Spediteur einen Privaten oder einen Ausländer auf die Notwendigkeit einer Transportversicherung aufmerksam machen und darf sie nicht in dem Glauben lassen, die Speditionsversicherung komme für den Schaden auf. Eine Beratungspflicht

1) BGH 2, 87; BGH 19.11.56 NJW 1957, 140; vgl. auch BG Chemnitz 21.10.59 NJ 1960, 251, ebenso Hootz S. 50

2) oder Handelssitte (so Baumbach-Duden § 346 Anm. 3)

3) RG 120, 252; BGH 33, 293 ff. 298; OLG Stuttgart, 27.10.60 BB 1961, 67 Nr. 137, BGH 8, 222 ff. 235; RG 83, 204

4) Schröder § 408 Anm. 3, Ratz § 408 Anm. 2, Baumbach-Duden § 408 Anm. 1 (der jedoch falsch auf § 384 weiterverweist, der im Speditionsrecht durch die lex specialis des § 408 ersetzt ist).

5) so aber Herschel DR 1942, 755

besteht aber - das sei nochmals betont - nur in Ausnahmefällen¹⁾, ein Hinweis auf die ADSp kann allgemein nicht verlangt werden²⁾.

Man ist darüber einig, daß die Kenntnis des Inhalts der Bedingungen nicht notwendig sei, wenn sie nur in zumutbarer Weise zu erlangen war³⁾.

Wie jede Vereinbarung kann die Verweisung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Hier ist nicht der Ort, in kasuistischer Weise die Einzelheiten der ausdrücklichen Abrede darzulegen. Wichtig ist jedoch, die konkludente Vereinbarung ein wenig näher zu betrachten. Sie kann durch schlüssiges Verhalten eines oder der beiden Vertragspartner zustande kommen. Darüber entscheidet die Auslegung des gesamten geäußerten Verhaltens. Dieses kann zu dem Schluß auf einen bestimmten Willen der Parteien geradezu zwingen oder bloß anregen. Der Aussagewert der Umstände ist abstuftbar, er kann absinken bis auf Null⁴⁾.

-
- 1) Ihre Verletzung stellt einen SVS-versicherten Spediteurfehler dar (Krien/Schmid-Lossberg Stichwort "Schaden vor Abschluß"), sofern der Vertrag zu den ADSp zustandegekommen ist; ebenso Rottz S. 51 ff., S. 58
 - 2) Scharf zu trennen von diesen Fällen vor-vertraglicher Haftung sind die Aufklärungspflichten innerhalb eines bereits teilweise abgewickelten Vertrages, vgl. z.B. den Fall BGH VRS 11, 123 ff., unklar dazu Rottz S. 49 ff.
 - 3) BGHZ 17, 2; 9, 3, Abraham Luftrecht S.416, Schaps-Abraham II S. 862, Baumert S. 42, Bindels BB 1958, 16; Fikentscher BB 1961, 298, Krause BB 1955, 265, Metz S.31, Raiser S. 166, ebenso für die Schweiz Karl Oftinger, "Die ungelesenen unterzeichnete Urkunde ...", Festschr. f.A. Simonis 1955 S.263 ff., 266
 - 4) Raiser unterscheidet (S.154 Note 1) die ausdrückliche von der konkludenten Willenserklärung deshalb nicht, weil es sich nur um "Grade der Deutlichkeit, mit der das Gemeinte ausgedrückt ist" handele

Bei dieser gleitenden Skala kann je nach dem vorliegenden Einzelfall¹⁾ irgendwo eine Grenze gezogen werden, bis zu der sich der Geschäftswille ermitteln läßt. Jenseits dieser Linie erscheint der Schluß auf einen Geschäftswillen gewagt. Die Grenze verläuft dort, wo die Wahrscheinlichkeit "pro" ebenso groß ist wie die "contra".

Ähnlich unterscheidet C o i n g²⁾ die Tatbestände, in denen jemand mit Geschäftswillen handelt, diesen "aber nicht ausdrücklich erklärt, sondern auf andere Weise zum Ausdruck bringt", von den Tatbeständen, "bei denen der Geschäftswille mehr oder weniger deutlich nur fingiert wird".

Die Grenze zwischen einer stillschweigenden Vereinbarung und deren bloßer Unterstellung wird in der Rechtsprechung eigentlich nur bei internationalen Geschäften, und zwar bei der Suche nach einer Verweisung der Parteien auf das maßgebliche Recht klar gezogen. Sie muß aber notwendig in jedem Falle aufgesucht werden, da Unterstellungen, "Fiktionen", tunlichst zu vermeiden sind³⁾. Sie stellen Scheinbegründungen dar⁴⁾. Es widerstrebt dem auf den Schutz der Persönlichkeit eingestellten Rechtsempfinden, einem anderen einen rechtsgeschäftlichen Willen zu unterschieben. Das BGB kennt zwar derartige Fälle, zum Beispiel in den §§ 416 Abs. 1 Satz 2, 496 Abs. 2, 516 Abs. 2 Satz 2 BGB und den

1) anders Raiser, der S.180-199 versucht, die Indizien zu typisieren. Er verfällt dabei notwendigerweise in subtile Kasuistik

2) Staudinger-Coing Anm. 3e vor § 116, ähnlich RGRK BGB Anm. 5,6 vor § 116

3) Die prozeßrechtl. Natur dieser "Fiktion" ist ungeklärt, vgl. dazu unten S. 20 Note 1

4) Flume Festschrift S. 171

§§ 362, 386 Abs. 1 BGB, sie sind aber als Ausnahmenvorschriften anzusehen und dürfen nicht durch Analogie erweitert werden. Wenn man nun die Unterwerfungserklärung des Kunden unter die Allgemeinen Geschäftsbedingungen fingiert, wären die Folgen besonders schwerwiegend. Die Fiktion zöge einen ganzen Bedingungskomplex in den Vertrag hinein. Eine stillschweigende Verweisung darf also nur dann angenommen werden, wenn die Umstände mehr für als gegen einen Unterwerfungswillen des Kunden sprechen.

Daß mit der Vereinbarung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unbeschrieben deren sämtliche Bedingungen in den Vertrag aufgenommen werden, die nicht sitten- oder gesetzwidrig sind (§§ 134, 138 BGB), ergibt sich aus dem BGB. Andere Schranken als die §§ 134 und 138 (allenfalls noch § 242) BGB bestehen nicht. Aus diesem Grunde haben viele Aufsteller von Geschäftsbedingungen (Unternehmer) ihre Kunden dadurch übervorteilt, daß sie sich für jegliche Haftung bis an die Grenze des Unerlaubten freizeichneten. Die Rechtsprechung und die Rechtslehre haben daher schon frühzeitig Schranken gezogen, um dem Mißbrauch Einhalt zu gebieten¹⁾. Ein weiteres höchst wirksames Mittel wäre die Besinnung auf das Wesen der konkludenten Vereinbarung. Statt bei zweifelhafter Rechtslage eine Verweisung anzunehmen und dann ihre Folgen zu verneinen, sollte man lieber den Mut haben, die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen abzulehnen und sogleich nach dispositiven Rechtssätzen oder billigem Ermessen zu entscheiden. Für die ADSP gibt es jedoch noch eine dritte

1) Auf die Darstellung der einzelnen Wege und Vorschläge soll hier verzichtet werden. Die Rechtsprechung arbeitete zunächst mit dem Monopolmißbrauch (§§ 138, 826 BGB) und läßt heute im Anschluß an Flume und Larenz nur angemessene und billige Bedingungen gelten (Gedanke des § 315 BGB) vgl. BGHZ 38, 183. Andere Autoren stellen auf § 242 BGB ab.

legale Möglichkeit, die untersucht werden soll, nachdem dargestellt wurde, wie sich die Rechtsprechung und Rechtslehre bei eindeutigem Fehlen einer Verweisung hilft.

3. Kapitel

Die Geltung der ADSp ohne Vereinbarung in Rechtsprechung und Rechtslehre

A) Allgemeines

Die bisher zu der Frage der Geltung von Geschäftsbedingungen ohne Vereinbarung veröffentlichten Arbeiten gehen - soweit ersichtlich ausnahmslos - davon aus, daß eine Regel gefunden werden müsse, die auf alle Arten von Allgemeinen Geschäftsbedingungen paßt. Geschäftsbedingungen sind jedoch so heterogen¹⁾, daß sich vielleicht eine allgemeingültige Aussage nicht treffen läßt.

Die Versuche der neueren Rechtsprechung und Rechtslehre, die Geltung nichtvereinbarter Geschäftsbedingungen zu begründen, lassen sich um zwei Rechtsinstitute gruppieren; die Willenserklärung und die Verkehrssitte. Daneben gibt es Sondermeinungen (unten Abschnitt C, III und IV).

1) Clausß (MDR 1959, 165 ff.) unterscheidet zwischen zur Verordnung erhobenen AGB (z.B. KVO, Bahntarife), den behördlich genehmigten AGB (z.B. AKB, AHB) und gewöhnlichen AGB. Letztere teilt er in einseitig und mehrseitig aufgestellte ein. Die ADSp gehören in die letzte Gruppe. Andere Differenzierungen bei v. Brunn S. 27 ff., Meeske BB 1959, 857, Hildebrandt Verhandl. des DJT, E 5.

Nach der Ansicht der ersten Gruppe wird die Unterwerfungserklärung des Kunden fingiert¹⁾. Als Begründung für diese künstliche Schaffung einer Willenserklärung wird entweder ein schuldhaftes Verhalten des Kunden beim Vertragsschluß (unten B sowie C I) oder Treu und Glauben (unten C II) herangezogen.

Unter Ablehnung der Fiktion nehmen R a i s e r und Andere an, bei gewissen Geschäften, bei denen eine Verweisung auf bestimmte allgemeine Geschäftsbedingungen üblich sei, lasse sich ihre Geltung aus der normierenden Verkehrssitte ableiten (unten C V). Schließlich wird die Ansicht vertreten, die Geschäftsbedingungen seien im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB anzuwenden, sofern sie Verkehrssitte oder Handelsbrauch geworden seien (unten C VI).

B) Die Ansicht des Bundesgerichtshofes

Der Bundesgerichtshof hält die ADSp für allgemeine Geschäftsbedingungen, die Vertragsbestandteil werden, wenn sich der Auftraggeber ausdrücklich oder stillschweigend mit ihnen einverstanden erklärt²⁾. Wichtig in diesem Zusammenhang ist jedoch, was unter "stillschweigend" verstanden wird. Eine stillschweigende Unterwerfung sei dann anzunehmen, meint der Bundesgerichtshof³⁾, wenn jemand in Vertragsbeziehungen zu einem Spediteur trete, der seinen Geschäften die ADSp zu Grunde zu legen pflege und wenn ihm dies bekannt sei

1) Der Begriff Fiktion, den auch Raiser (S. 157) verwendet, ist als Schlagwort zu verstehen. Streng genommen handelt es sich um eine unwiderlegliche Vermutung, da der Unterwerfungswille vorhanden sein kann

2) BGHZ 17, 1 ff., 2

3) BB 1959, 826

oder bekannt sein müsse; sofern die Geltung der ADSp nicht ausdrücklich ausgeschlossen werde, erlangten sie in einem solchen Fall für das Vertragsverhältnis Gültigkeit.

Der Bundesgerichtshof macht also die Geltung der ADSp lediglich von zwei Tatbestandsmerkmalen abhängig; Dem Eintritt in Vertragsbeziehungen und der Kenntnis bzw. dem Kennenmüssen der Tatsache, daß die ADSp angewandt zu werden pflegen. Die Kenntnis des Inhalts der ADSp ist dagegen ebenso gleichgültig wie das Vorhandensein eines Unterwerfungswillens des Kunden¹⁾.

Damit verläßt der Bundesgerichtshof den Boden des Gesetzes und fingiert die Willenserklärung des Kunden, ohne dafür eine befriedigende dogmatische Begründung zu liefern. Die Verwendung des Ausdruckes "Kennenmüssen" läßt allerdings darauf schließen, daß der Bundesgerichtshof von einem Verschulden des Kunden ausgeht. Ein wie auch immer begründetes Verschulden ist jedoch ein Fremdkörper in der Rechtsgeschäftslehre. Willenserklärung und Verschulden haben grundsätzlich nichts miteinander gemein²⁾, daher muß der Versuch, die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus einem Verschulden abzuleiten, abgelehnt werden. Außerdem stimmt die Interessenverteilung bedenklich. Soll der Kunde aus Verschulden haften und der Unternehmer geschützt werden? Bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verdient der durch sie Begünstigte keine Fürsorge des Gerichts. Vielmehr wäre umgekehrt daran zu denken, den Kunden dadurch zu schützen, daß man die ausdrückliche Verweisung auf die Geschäftsbedingungen vorschreibt.

1) BGHZ 9,6

2) Krause BB 55, 267. Die §§ 122, 123 BGB sind Ausnahmen

Grundsätzlich scheint auch der Bundesgerichtshof der Meinung zu sein, daß die klare und eindeutige Vereinbarung den Vorzug verdient, denn er verlangt eine "ausdrückliche Vereinbarung", wenn die ADSP zwischen dem Spediteur und dem Empfänger der Sendung gelten sollen¹⁾. Das Kennenmüssen reicht in diesem Falle - mit Recht - nicht aus.

Die Ansicht des Bundesgerichtshofes ist also wegen des dogmatisch nicht begründbaren Verschuldensmomentes abzulehnen.

C) Die Lösungen in der Rechtslehre

I. Die Verletzung vorvertraglicher Pflichten und Obliegenheiten des Kunden

1) Die Obliegenheitsverletzung

K r a u s e²⁾ hat nach einer dogmatischen Begründung für die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gesucht. Er geht folglich vom Begriff des Kennenmüssens aus und meint, dieser enthalte den Vorwurf für den Kunden, fahrlässig eine Pflicht zur Erkundigung verletzt zu haben. Zwar bestehe keine (erzwingbare) Rechtspflicht des Kunden, sich über das Bestehen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vergewissern, aber doch eine Obliegenheit, deren Nichtbeachtung gewisse Nachteile nach sich zöge, in diesem Falle die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbe-

1) BB 1959, 826; vgl. auch BGHZ 18, 212 ff.

2) BB 1955, 265 ff.; seiner Ansicht folgen: Mroch S. 12, Seither S.19, 28, v.Brunn S.84, Hildebrandt JR 1955, 327 (f. best. Branchen); Andeutungen in der gleichen Richtung bereits bei BGHZ 7, 187 ff. 191 (24.9.1952)

dingungen. Die Obliegenheit folgt nach K r a u s e aus den besonderen sozialen Beziehungen, die zwischen dem Unternehmer "als Partner des typisierten Massenverkehrs" und dem Kunden bestehen und für diesen besondere Pflichten begründen. Diese Beziehungen nennt er den "sozialen Kontakt"¹⁾. Aus ihm fließe die Informations-Obliegenheit und, falls der Kunde mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht einverstanden sei, die Pflicht zum Widerspruch²⁾.

Ob man die vorvertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen dem Kunden und dem Unternehmer aus dem "sozialen Kontakt"³⁾ oder einem faktischen Vertragsverhältnis ableitet⁴⁾ oder ob man ihre Verletzung als culpa in contrahendo ahndet, soll hier dahingestellt bleiben⁵⁾. Entscheidend ist nur, ob es innerhalb dieser Rechtsbeziehungen dem Kunden obliegt, der Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu widersprechen oder ob nicht der Unternehmer verpflichtet ist, auf sie zu verweisen.

Einige Autoren⁶⁾ nehmen an, daß der Kunde verpflichtet sei, nach dem Bestehen von Geschäftsbedingungen zu fragen und sich gegebenenfalls für deren Inhalt zu interessieren. Erst dann sei der Unternehmer seinerseits nach Treu und Glauben Auskunft und Antwort schul-

-
- 1) Etzler bemängelt (S.121) mit Recht dieses farblose Schlagwort und meint, letztlich entspringe jede Rechtsregel dem sozialen Kontakt
 - 2) Eine derartige Widerspruchspflicht bei gehörig veröffentlichten AGB nahm bereits das RG am 8.12.1883 (RGZ 13,68 ff. 78) bei einem Ostsee-Transport an
 - 3) Der Ausdruck stammt von Haupt, aaO.S.9
 - 4) Wieacker (Göttinger Festschr. 1961 S.263 ff. 285) will die Mode gewordenen Begründungen aus sozialtypischem Verhalten nur auf sehr wenige Fälle, zu denen die culpa in contrahendo nicht zählt, beschränken
 - 5) Generell ablehnend Guthke S.56
 - 6) Schröder BB 56, 548, Haberkorn MDR 61, 819

dig. Diese Ansicht wird durchweg nicht begründet; sie ist offenbar die Folgerung aus dem vom Bundesgerichtshof aufgestellten Erfordernis des "Kennenmüssens". Wenn der Kunde die Geschäftsbedingungen kennen "muß", dann muß er auch gehalten sein, sich diese Kenntnis irgendwie zu verschaffen. Dabei wird aber übersehen, daß bereits der Ausgangspunkt, die Formel des Bundesgerichtshofes, nicht begründet ist.

Die Auferlegung einer besonderen Obliegenheit widerspricht den Interessen des Kunden. Der Kunde würde mit der Frage nach den Geschäftsbedingungen nur die Belange des Unternehmers wahren, der die Geschäftsbedingungen benutzt, um seinen Geschäftsbetrieb zu vereinfachen und das Risiko zumindest teilweise abzuwälzen. Erst mittelbar, nämlich über den Preis, die schnellere Bedienung usw., hat der Kunde von den Geschäftsbedingungen Vorteile. Deshalb ist es unbillig, einseitig den Kunden zu verpflichten, Widerspruch zu erheben, wenn er die Geltung der Geschäftsbedingungen vermeiden will. Vielmehr ist es Sache des Unternehmers, die ihn begünstigenden Geschäftsbedingungen in den Vertrag zu bringen. Wenn er es nicht tut, muß er stets selbst die Konsequenzen tragen. Eine Informationspflicht oder -obliegenheit des Kunden besteht nicht. Lediglich dann, wenn er die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausdrücklich oder eindeutig-konkludent vereinbart hat, ist er, wenn er kein Risiko in Kauf nehmen will, im eigenen Interesse gehalten, sich die Geschäftsbedingungen anzusehen.

K r a u s e gibt für die Erkundigungsobliegenheit des Kunden noch eine Art Hilfsbegründung. Er meint, der Massenverkehr fordere dieses Opfer vom Kunden¹⁾.

1) ähnlich Linden BB 58, 19 ff.

Trotz des Massenbetriebs läßt sich aber wenigstens eine formularmäßige Verweisung durchführen.

Der Kunde hat von einer Frage nach den Geschäftsbedingungen auch häufig praktischen Nutzen. Man kann nicht sagen, der Kunde habe keine Macht, eine Einzelklausel oder die Geschäftsbedingungen im ganzen abzubedingen, sondern könne nur entweder sich dem Normenkomplex unterwerfen oder vom Vertrag überhaupt Abstand nehmen¹⁾. Sicher gibt es Branchen, in denen die Geschäftsbedingungen wie ein zwingendes Gesetz angewandt werden²⁾. Für das Speditionsgewerbe gilt das nicht. Wenn auch die meisten Speditionsaufträge zu den ADSp abgeschlossen werden, so besteht doch de iure die Möglichkeit, die Geltung der ADSp mit SVS/RVS ganz oder teilweise auszuschließen. Die Konkurrenz unter den Spediteuren sorgt dafür, daß von dieser Möglichkeit auch de facto Gebrauch gemacht wird. Wo sie in diesem Punkte einheitlich handeln, können private Großverlader die örtliche Solidarität durch die Androhung brechen, eine eigene Speditionsabteilung zu gründen. Staatsstellen, wie die Bundeswehr, verlangen oftmals, daß die ADSp nicht gelten sollen. In der Gesamtheit aller Speditionsaufträge sind diese Fälle jedoch selten. Immerhin ist es für den Kunden durchaus sinnvoll, sich über den Inhalt der Geschäftsbedingungen zu informieren. Aber eine Obliegenheit oder Pflicht dazu trifft ihn nicht.

1) so aber Plume Festschrift S.167 oben

2) Das gilt für manche Versicherungszweige z.B. Bruck-Möller meinen dazu kategorisch (Einl. Anm.27), ein Versicherungsnehmer könne nicht verlangen, günstiger behandelt zu werden als die übrigen "Glieder der Gefahrengemeinschaft", die sich alle den Geschäftsbedingungen des Versicherers unterworfen hätten. Das ist eine bedenkliche Betrachtungsweise.

2) Das Verschulden beim Vertragsschluß

Im Gegensatz zu *K r a u s e* leitet *M e e s k e*¹⁾ die Erkundigungspflicht des Geschäftspartners nicht aus dem "sozialen Kontakt", sondern aus einer Analogie zur culpa in contrahendo ab. Er modifiziert damit der Lehre *K r a u s e* s nur dahin, daß er die etwas festere Basis des Verschuldens beim Vertragsschluß für die angebliche Erkundigungspflicht aufzeigt. Es ist aber, wie gesagt, im höchsten Grade unbillig, gerade dem Kunden die Verantwortung dafür aufzubürden, daß die Geschäftsbedingungen nicht Vertragsinhalt geworden sind. Denn er hat sie weder aufgestellt, noch werden sie - wenigstens generell - in seinem Interesse angewandt. Richtig sagt *M e e s k e* selbst im anderen Zusammenhang²⁾, daß nicht alle Nachteile einseitig einer Partei auferlegt werden könnten, weil schließlich beide Parteien Säumnisse begangen hätten.

Außerdem geht *M e e s k e* insoweit über *K r a u s e* s Lehre hinaus, als er bei der Obliegenheitsverletzung des Kunden dessen Unterwerfungserklärung nicht unterstellt, sondern behauptet, der Kunde habe wegen der Pflichtverletzung Schadensersatz zu leisten. *M e e s k e* verläßt damit den Boden der Rechtsge-
schäftslehre und vermeidet die mißliche Fiktion einer Willenserklärung. Der Schadensersatz besteht nach seiner Ansicht je nachdem, ob der Kunde den Vertrag auch bei Kenntnis der Geschäftsbedingungen abgeschlossen hätte oder nicht, entweder in der Hinnahme der Bedingungen oder in der Zahlung des Vertrauensschadens an den Unternehmer. Systematisch einwandfrei ist nur die

1) BB 1959, 863

2) Note 92 S. 863

zweite Alternative. Dagegen kann ein Vertrag niemals im Wege des Schadensersatzes um Einzelbestimmungen erweitert und im Inhalt verändert werden¹⁾. Verträge worden inhaltlich nur durch die Vereinbarungen oder das Gesetz gestaltet. M e e s k e 's Ansicht läßt sich daher nicht halten²⁾.

3) Das Mitverschulden

In richtiger Erkenntnis der Interessenlage sucht W e b e r³⁾ das Verschulden an der Nichtgeltung der Geschäftsbedingungen beim Unternehmer. Ihm sei es anzurechnen, wenn er seinen Vertragspartner beim Vertragsabschluß nicht deutlich auf die Geschäftsbedingungen aufmerksam macht. Diesen erfreulichen Grundsatz macht aber W e b e r sofort zunichte, indem er ihm die Pflicht des Kunden entgegensetzt, sich mit dem Inhalt der Bedingungen vertraut zu machen, falls er mit ihnen rechnen mußte; wenn der Kunde die Geschäftsbedingungen nicht angewandt wissen wolle, müsse er widersprechen, sonst treffe ihn ein Mitverschulden. Leider gibt W e b e r die Konsequenz des Mitverschuldens nicht an. Aus seiner Verweisung auf K r a u s e⁴⁾ ergibt sich jedoch, daß er dessen Rechtsfolge übernehmen will: Es gelten also trotz des bloßen Mit-Verschuldens die gesamten Geschäftsbedingungen. Daß die Rechtsfolgen den Kunden allein treffen sollen, ist jedoch, wie oben dargelegt wurde, unbillig.

1) Soergel-Siebert § 157 Anm. 20

2) Im Ergebnis gleich: Flume, Festschrift S. 167

3) Staudinger-Weber § 242 Anm. A 425

4) BB 55, 265 ff.

4) Die Vertrauenshaftung

C o i n g¹⁾ vertieft die Lehre K r a u s e s und läßt die Obliegenheit des Kunden zum Widerspruch im Einzelfall aus der Vertrauenshaftung des Erklärenden entstehen; er sagt: " Die allgemeinen Geschäftsbedingungen werden deshalb Vertragsinhalt, weil der Unternehmer bei Abschluß des Rechtsgeschäfts angesichts des Verhaltens der Gegenseite darauf vertrauen darf, seine Geschäftsbedingungen seien akzeptiert. Eine solche Kombination von Vertrauenshaftung und rechtsgeschäftlicher Haftung ist dem Geist des BGB durchaus nicht fremd ...". C o i n g stellt seine Theorie demnach auf zwei Grundlagen: Die Vertrauenshaftung und die rechtsgeschäftliche Haftung, die aus der Verletzung der Obliegenheit zum Widerspruch folgt.

Die rechtsgeschäftliche Haftung kann aber, wie oben dargelegt, nicht zur Aufnahme der Geschäftsbedingungen in den Vertrag, sondern allenfalls zum Ersatz des Vertrauensschadens in Geld (§ 122 BGB analog) führen. Die Vertrauenshaftung beruht nach C o i n g s Definition²⁾ auf Treu und Glauben. Es wurde ebenfalls bereits ausgeführt, daß diese Generalklausel nicht zum Schutz des Unternehmers, sondern allenfalls zu Gunsten des Kunden benutzt werden kann. C o i n g erkennt diese Unbilligkeit seiner Lehre und schränkt sie deshalb mit der Forderung ein, die Verwendung der Geschäftsbedingungen müsse in dem betreffenden Geschäftszweig üblich sein, so daß für den Unternehmer Anlaß bestehe, darauf zu vertrauen, daß die Gegenseite die Bedingungen akzeptiert habe. Dabei übersieht C o i n g jedoch, daß die Verkehrssitte - im Rahmen des § 157 BGB - stets zu berücksichtigen ist und es daher auf die Vor-

1) Staudinger-Coing Vorbem. vor § 145 Note 24 i

2) Staudinger-Coing Vorbem. vor § 116 Note 3 f.

stellungen der Parteien nicht ankommt. Nicht einmal die Kenntnis der Parteien vom Bestehen der Verkehrssitte ist nötig¹⁾. Für eine Vertrauenshaftung fehlt daher die Grundlage.

5) Das typische soziale Verhalten

S i e b e r t 's Ansicht lehnt sich an K r a u s e und C o i n g an²⁾. Da er jedoch ihren Gedanken einer Verschuldenshaftung emphatisch ablehnt, bleibt ihm nur übrig, an die Verletzung der Obliegenheit zum Widerspruch die Rechtsfolge zu knüpfen, daß nunmehr "der Tatbestand der Willenserklärung" erfüllt sei. Das ist eine reine Fiktion. Auch sein zweiter Gesichtspunkt ist bedenklich. Er meint, das "typisch soziale Verhalten" des Kunden habe beim Bestehen einer die Geschäftsbedingungen betreffenden Verkehrssitte "den Erklärungswert einer Unterwerfung". Das ist ebenfalls eine glatte Unterstellung, die deshalb besonders gefährlich ist, weil S i e b e r t kein Korrektiv anbietet, mit dem bei ahnungslosen Kunden unbillige Ergebnisse vermieden werden können. Es ist also nicht möglich, "das Verhalten des Kunden als Willenserklärung anzusehen".

II. Die Ersetzung der Zustimmung des Kunden nach Treu und Glauben (§ 242 BGB)

Auch G u t h k e³⁾ wählt das Verhalten des Kunden als Ausgangspunkt seiner Ansicht. Er meint, der Vertragsschluß einer Person mit jemand, der Geschäftsbedingungen anzuwenden pflege, müsse über die Grenzen des

1) herrschende Meinung, vgl. unten S. 55

2) Soergel-Siebert § 157 RNr. 17 ff., 19, 21

3) S. 79 ff.

§ 133 BGB, welcher nach dem wirklichen - hier aber meist nicht vorhandenen - Willen zu forschen gebiete, hinausgehend ausgelegt werden. Jedes Verhalten müsse als Ausdruck einer bestimmten Willenshaltung gelten in dem Umfang und in dem Sinn, wie es ein redlicher und vernünftiger Vertragspartner auffassen durfte¹⁾. Das folge zwar nicht aus der Rechtsgeschäftslehre, lasse sich aber als allgemeine Rechtsregel aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und speziell dem Verbot des venire contra factum proprium entnehmen.

Nach dieser Regel darf niemand ein Recht in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten geltend machen, wenn dieses Verhalten bei objektiver Auslegung nach Treu und Glauben den Schluß rechtfertigt, daß er das Recht nicht geltend machen werde²⁾. Guthke folgert daraus, daß "der Kunde sich nicht darauf berufen (darf), daß die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht vereinbart worden ist. Ein derartiges Verbot ist dann begründet, wenn andernfalls ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt". Ob ein solcher Verstoß vorliege, ergebe sich aus der Verkehrssitte, auf die nach § 242 BGB nicht nur Rücksicht zu nehmen sei, sondern vielmehr zur Bestimmung des Inhaltes von Treu und Glauben zurückgegriffen werden müsse. Die Grundlage seiner Ansicht ist also § 242 BGB.

So unbillig, daß man § 242 BGB bemühen müßte, erscheint es jedoch nicht, daß ein Unternehmer, der es unterlassen hat, die ihn begünstigenden Allgemeinen Geschäfts-

1) Dieser Gedanke ist auch von Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 149 ff., Krause, Schweigen, S. 127 ff., BGH NJW 53, 58, Lehmann § 30 III ausgesprochen worden

2) Lehmann Allg. T. S. 98; bei Enneccerus § 208 III 2b; RG 144, 383, auch Guthke S. 84

bedingungen zu vereinbaren, nach den gesetzlichen Vorschriften behandelt wird. Die Waffe des § 242 BGB sollte für größere Fälle von Treuwidrigkeit aufgespart werden und nicht dazu dienen, einem Kunden einfach den Unterwerfungswillen zu unterschieben. Sehr bedenklich ist es im übrigen, wenn G u t h k e über Treu und Glauben auch unübliche und unangemessene Geschäftsbedingungen durchgehen läßt¹⁾.

Außerdem hat der Kunde kein "factum proprium" geschaffen, er hat bloß geschwiegen. Sein Kontrahieren mit dem Unternehmer ist wertneutral und kann - vom Rechtsgeschäft her betrachtet - nicht als ein "factum" in Bezug auf die AGB angesehen werden. G u t h k e 's Meinung ist daher nicht überzeugend.

Weder Treu und Glauben noch der Verschuldensgedanke vermögen also eine brauchbare Begründung für die Geltung nichtvereinbarter Geschäftsbedingungen zu geben. Da auch andere Lösungen, wie später aufgezeigt wird, nicht überzeugen können, haben L u k e s und F l u m e zwei völlig neuartige Wege vorgeschlagen.

III. Die Rechtsgeschäftsdefinition

In einer ausführlichen Abhandlung²⁾ entwickelt F l u m e, daß die Abstraktion "Rechtsgeschäft" gefährlich sei, weil sie den Blick dafür verstelle, daß es neben dem "Rechtsgeschäft an sich" noch die besonderen Typen des Mietrechtsgeschäfts, der Abtretung, der Eigentumsübertragung usw. gäbe. Mit dem Vertragsabschluß entstehe regelmäßig kein Rechtsgeschäft an sich, sondern

1) S. 88, kritisch dazu Etzler S. 140 Note 415

2) Festschrift zum 100. DJT. 1960, 135 ff.

zum Beispiel ein Mietvertrag, eine Abtretung usw. mit der Rechtsfolge, daß die §§ 535 ff. oder 398 ff. BGB gelten. Dementsprechend sei derjenige, der die Willenserklärung abgebe, ein Bankkonto eröffnen zu wollen, mit der von der Rechtsprechung und Lehre eingeführten Rechtsfolge zu belasten, daß die Bankgeschäftsbedingungen wirksam würden. Es gebe mit anderen Worten Geschäftstypen, für die unsere Rechtsordnung anerkenne, daß die vertraglichen Einzelabreden durch einen Bedingungskomplex ergänzt würden¹⁾. Damit stellt Flume jedoch nur das soziologische Faktum fest, er beschreibt nur die Situation. Dabei trifft seine Feststellung nicht einmal vollständig zu, denn die Rechtsprechung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist keineswegs so einhellig, daß man von ihr als einem Teil der "Rechts-Ordnung" sprechen könnte. Auch die Rechtslehre ist wenigstens in ihren dogmatischen Begründungen so mannigfach, daß sie keine Ordnung gewährleistet. Schließlich steuert Flume selbst zu den verschiedenen Ansichten über den Umfang der Gestaltungsmacht des Aufstellers von Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine weitere Meinung bei²⁾. Daraus ist zu schließen, daß er selbst die Rechtsprechung über die Geltung der Geschäftsbedingungen zu beeinflussen versucht und sie keineswegs als absolut gesichert ansieht. Würde man Flume folgen, dann erlangten die Geschäftsbedingungen, sobald sich die Rechtsprechung ein paarmal mit ihnen befaßt hat, den Rang von Rechtssätzen. Es ist aber rechtspolitisch verfehlt, den Allgemeinen Geschäftsbedingungen Rechtssatzcharakter zuzubilligen. Flumes Lehre ist daher abzulehnen.

1) S. 166

2) Dieser sei analog zu § 315 BGB gehalten, eine angemessene Regelung des Vertrages in den AGB zu treffen (vgl. S. 167 ff.), ihm folgen Larenz § 8 S. 88, BGH 29.10.62 NJW 63, 99

IV. Die Geltung aus dem "Imperativcharakter"

L u k e s¹⁾ mißt den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er als Sollenssätze auffaßt, einen "Imperativcharakter" bei. Sie verlangten deshalb, auch dann angewandt zu werden, wenn der Betroffene sie nicht kenne. "Die mit einem Imperativ ausgestattete Regel", meint er, "erfordert eine deutliche Reaktion, wenn der Adressat sich der Regel nicht unterwerfen will. Dies folgt aus der Lebenserfahrung, daß jemand, der mit einem Imperativ angesprochen wird und sich diesem nicht unterwerfen will, seine Ablehnung damit zum Ausdruck bringt. So erscheint es gerechtfertigt, dem Schweigen bei Vertragsschluß ... einen besonderen Erklärungswert beizumessen."

Es ist richtig, daß die Geschäftsbedingungen eine Art Normqualität besitzen, wenn sie Handelsbrauch geworden sind²⁾. L u k e s entnimmt diese Eigenschaft der Geschäftsbedingungen jedoch allein dem Vorgang ihrer Aufstellung, den er für ein Rechtsgeschäft hält. Die Schaffung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist jedoch rechtlich unerheblich und kein einseitiges Rechtsgeschäft. Erst durch den Abschluß eines Vertrages erlangen die Geschäftsbedingungen Wirksamkeit.

Ferner kann der Gedanke eines Befehls an den Kunden, sich den Geschäftsbedingungen zu unterwerfen, wenn er überhaupt anzuerkennen ist, nicht aus ihnen selbst entnommen werden. Allenfalls könnte der Imperativ vom Unternehmer ausgehen, er müßte auf die Geschäftsbedingungen hinweisen. Die Ansicht L u k e s'

1) JuS 61, 305

2) s. unten S. 35

entfernt sich so weit vom Gesetz, daß sie keine Zustimmung verdient¹⁾.

V. Die Verweisung kraft normierender Verkehrssitte

Zwar hat die Verkehrssitte bei allen bisher behandelten Meinungen eine Rolle gespielt, als alleiniges Anknüpfungsmittel für die Geltung der Geschäftsbedingungen verwendet sie jedoch nur R a i s e r²⁾. Seine Ausführungen sind grundlegend für die hier vertretene Ansicht, so daß sie breiter als die anderen Lehrmeinungen dargestellt werden. R a i s e r kennt zwei Arten der Verkehrssitte³⁾:

1. Die Verkehrssitte, welche zur Auslegung von Willenserklärungen oder Verträgen benutzt wird und welche nur eine bestimmte tatsächliche Übung voraussetzt, und
2. die Verkehrssitte als Regel, als Rechtssatz.

Er vereint damit unter einem gemeinsamen Begriff drei in der herkömmlichen Lehre verschiedene Rechtsinstitute, nämlich die Verkehrsanschauung, die Verkehrssitte (im engeren Sinne) und den (Gewohnheits-) Rechtssatz. Ihre Voraussetzungen sind ähnlich, ihre Wirkungen sind grundverschieden.

Sie stehen in einem stufenartigen und logischen Entwicklungsgang⁴⁾ und bauen auf einer allgemeinen Übung

1) ebenso Isele S. 311

2) Ihm folgen u.a. Bruck-Möller Einl.Anm.27, Metz S. 29 u. passim, Heinz Hildebrandt S. 336 ff.

3) S. 82 ff., 160 ff.

4) Raiser S. 161 f. Oft schließt sich, wenn der Gesetzgeber die Verkehrssitte oder das Gewohnheitsrecht billigt, ein Gesetzesrechtssatz an, wie das Beispiel des § 362 HGB zeigt (Manigk, Verhalten, S. 283).

auf. Die Verkehrsanschauung ist, wie gesagt, nichts anderes als diese Übung selbst. Sie verhält sich zu der Verkehrssitte im engeren Sinne wie das "Sein" zur "Norm". Die tatsächliche Übung ist das Faktische, das sichtbar Vorhandene, dagegen die Verkehrssitte die Regel, nach der sich das Sein, das menschliche Verhalten zu richten hat. O e r t m a n n¹⁾ veranschaulicht das einleuchtend an der Entstehungsgeschichte des § 276 BGB. Ursprünglich sollte die Fahrlässigkeit an der "im Verkehr üblichen Sorgfalt" gemessen werden²⁾, später habe man dann, um Unsitten und Mißbräuche auszuschließen, die Formel "im Verkehr erforderliche Sorgfalt" gewählt. Hier zeigt sich, daß die "Sitte" als tatsächliche Übung in Widerspruch geraten kann mit der "Sitte" als Norm. In den § 276 BGB sollte aber die Sitte nicht als Übung, sondern als Norm aufgenommen werden.

Die Übung als faktische Willensübereinstimmung vieler Rechtsgenossen unterscheidet sich also von der Verkehrssitte als der auf die Übung gegründeten Regel. Die Verkehrssitte ist mehr, bei ihr hat sich der Willensgleichklang zur Regel kristallisiert. Der gemeinsame Wille ist als Geltungsbasis neben die Regel getreten. Dieser Geltungswille, diese Billigung des Sollensatzes enthält die Vorstellung, daß die Regel brauchbar, nützlich und zweckmäßig ist³⁾. Man kann sie deshalb als Anwendungswille, als *opinio usus*, allenfalls als *opinio aequitatis* bezeichnen, im Gegensatz zur *opinio necessitatis sive iuris* beim Gewohn-

1) S. 27

2) Protokolle Bd. I S. 187

3) Gallois JR 1956, 46

heitsrecht¹⁾. Die opinio usus bedeutet, daß die Regel vernünftig ist und den Geschäftsverkehr erleichtert; die Rechtsüberzeugung bewertet dagegen ein bestimmtes tatsächliches Verhalten als rechtlich notwendig, so daß das entgegengesetzte Tun oder Unterlassen rechtswidrig wäre²⁾.

Während die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von einem gemeinsamen Geltungswillen getragen sein können, ist es ausgeschlossen, daß sich eine allgemeine Rechtsüberzeugung für sie bildet. Vielmehr ist man sich durchweg darüber einig, daß sie als Vertragsbedingungen grundsätzlich einer Vereinbarung bedürfen.

Im Gegensatz zu dieser Ansicht steht R a i s e r auf dem Standpunkt, daß Verkehrssitte und Gewohnheitsrecht soziologisch und dogmatisch identisch seien³⁾. Er erkennt jedoch nicht den soeben herausgearbeiteten wesentlichen Unterschied zwischen der Rechtsüberzeugung und dem Geltungswillen. Außerdem vermag nach allgemeiner Ansicht, die auch R a i s e r teilt⁴⁾, Gewohn-

1) Die herrschende Meinung spricht von "Billigung", "Anerkennung", "Zustimmung" usw., vgl. Staudinger-Weber § 242 Anm. A 148, Lukes JuS 1961, 304, Gallois JR 1956 S.47, Mehl S.6, BGH LM § 346 HGB (B) Nr. 1, anderer Ansicht Möller in Bruck-Möller Einl. Anm. 28; mißverständlich v.Tuhr, Teil I 1 S.31, Koenige-Teichmann-Köhler § 346 Anm.2, die beide von Rechtsüberzeugung sprechen

2) Gallois JR 1956, 47

3) S.82 ff., der Ausdruck "Gewohnheitsrecht" soll aber für die von der Gesamtrechtsgemeinschaft gebilligten zwingenden Sätze der Verkehrssitte beibehalten werden (S.86)

4) vgl. S.86

heitsrecht zwingende Gesetzesnormen beiseitezuschieben. Setzt man nun Verkehrssitte und Gewohnheitsrecht gleich, dann würden auch Gewohnheiten, die gegen § 138 BGB verstoßen, Rechtsgeltung beanspruchen können. Das hat jedoch der Gesetzgeber, der die Verkehrssitte in den §§ 157 und 242 BGB Treu und Glauben unterstellt hat, nicht beabsichtigt¹⁾. Die althergebrachte Unterscheidung zwischen Verkehrssitte und Gewohnheitsrecht²⁾ muß also aufrechterhalten bleiben.

Obwohl R a i s e r s Definition der Verkehrssitte abgelehnt werden muß, verdient seine Lösung Beachtung. Er schlägt vor³⁾, zunächst den Vertrag gemäß § 157 BGB durch Auslegung daraufhin zu überprüfen, ob er eine konkludente Verweisung enthält, genauer, ob sich aus dem Verhalten des Kunden nach der Verkehrsanschauung eine Unterwerfung unter die Geschäftsbedingungen entnehmen läßt. Beim Fehlen einer konkludenten Verweisung müsse man entweder die Verweisungserklärung des Kunden mit Hilfe der Verkehrssitte ersetzen, oder die Geschäftsbedingungen selbst als Verkehrssitte oder Handelsbrauch anwenden.

R a i s e r trennt also die Auslegungsfunktion der Verkehrssitte, ihre Hilfe bei der Feststellung einer konkludenten Verweisung, scharf von der von ihm so bezeichneten "ergänzenden Verkehrssitte".⁴⁾

-
- 1) Die von Danz (aaO S.118 ff.) aus diesen Normen begründete Gleichsetzung von Verkehrssitte und Gewohnheitsrecht lehnt Raiser selbst ab (S. 83 Note 3); außer ihm Oertmann S. 347 ff., Mehl S. 13 ff.
 - 2) Staudinger-Coing § 133 Anm. 12 ; Oertmann S. 349 ff., Staudinger-Weber Anm. A 155, Mehl S. 16, Koenige-Teichmann § 346 Anm. 2
 - 3) S. 160 ff.
 - 4) z.B. S. 208 unter Ziff. 3

In der Tat haben die Auslegung und die Ergänzung des Vertrags in § 157 BGB¹⁾ gänzlich verschiedene Aufgaben. Die Auslegung dient dazu, aus dem tatsächlich Vorhandenen, z.B. dem schriftlichen Vertrag, der Vorkorrespondenz, den wirklichen Willen der Parteien zu ermitteln. Wenn dieses Verfahren nicht zum Erfolg führt, zeigt sich im Vertrag eine Lücke, die im Wege der Vertragsergänzung zu füllen ist, und zwar nach objektiven Gesichtspunkten, nämlich nach dem Sinn und Zweck des Vertrages²⁾, während die Auslegung vorwiegend nach subjektiven Momenten erfolgt. Plastisch zeigt sich der Unterschied im Internationalen Schuldrecht, wo der Richter mangels einer ausdrücklichen oder - durch Auslegung festgestellten - konkludenten Verweisung auf das anzuwendende Recht nach dem "hypothetischen Parteiwillen" zu entscheiden hat, welche Rechtsordnung gilt³⁾. Die Ermittlung des "hypothetischen Parteiwillens" ist nichts anderes als eine richterliche Vertragsergänzung nach objektiven Merkmalen. Die scharfe Trennung von Auslegung und Ergänzung des Vertrages, die R a i s e r vornimmt, verdient also Zustimmung.

R a i s e r nimmt nun an, die Vertragserklärungen des Kunden und des Unternehmers könnten mit der Verweisungserklärung des Kunden ergänzt werden, wenn diese "normiert", d.h. Verkehrssitte sei. Durch die Verkehrssitte würden demnach die gesamten Geschäftsbedingungen

1) Nach a.A. ist § 242 BGB die Grundlage, vgl. unten S. 46

2) Larenz NJW 63, 737; der BGH erwähnt hier jedoch, im Gegensatz zum IPR immer noch die Formel vom hypothetischen Willen (vgl. Urteil v.10.7.63 NJW 63, 2074 linke Sp.)

3) s. darüber unten S. 102

Vertragsinhalt werden. Jede Ergänzung eines Vertrages muß aber Treu und Glauben entsprechen (§ 157 BGB). Dieses Postulat verbietet es, durch die Einfügung der Verweisungserklärung des Kunden diesen einseitig mit den ihm ungünstigen Geschäftsbedingungen zu belasten, nur weil der Unternehmer eine ausdrückliche Vereinbarung unterlassen hatte. Deshalb kann R a i s e r insoweit nicht gefolgt werden¹⁾.

Im übrigen ist eine Lückenergänzung mit sämtlichen Einzelbedingungen praktisch niemals notwendig. Ob der Vertrag lückenhaft ist, stellt sich immer erst heraus, wenn über einen oder mehrere Punkte Streit entsteht und der Unternehmer sich auf die diesen Punkt betreffende Klausel seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen beruft.

Richtig ist dagegen, wenn R a i s e r Allgemeine Geschäftsbedingungen, die verkehrsüblich geworden sind, zur Vertragsergänzung heranziehen will. Zwar sind sie keine "ergänzenden Rechtssätze", aber sie brauchen auch, wie er mit Recht sagt, "nicht erst Vertragsinhalt zu werden, um zu gelten". Denn sie kommen im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung stets erst nach dem Abschluß des Vertrages zum Zuge²⁾, sie werden kein Vertragsinhalt. Die AdSp will R a i s e r jedoch nicht auf diesem Wege wirksam werden lassen; sie sind nach seiner Ansicht kein normativer Brauch. Lediglich die Verweisung auf die AdSp sei so üblich geworden, daß die Unterwerfungserklärung des Auftraggebers fingiert werden könne³⁾. Da die Unterstellung der Verwei-

1) Wenn die übliche Verweisung jedoch nicht von vornherein für eine Partei nachteilig ist, wie z.B. bei der Rechtswahl im IPR, kann sie zur Vertragsergänzung dienen

2) Aber unter Berücksichtigung des Vertragszweckes, wie er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorlag

3) S. 200, 201 unten

sung aus den erwähnten Gründen nicht zu billigen ist, kann mit R a i s e r s' Lehre eine Geltung der ADSp ohne Vereinbarung nicht angenommen werden.

Weil die Anwendung der Geschäftsbedingungen ohne Rücksicht auf den Parteiwillen zu unbilligen Härten bei geschäftsunerfahrenen Kunden führen kann, fordert R a i s e r¹⁾, daß der Richter unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit zu prüfen habe, ob der Kunde die Tatsache der Gebräuchlichkeit der Geschäftsbedingungen gekannt habe oder habe kennen müssen²⁾.

Mit diesem Anhängsel seiner Lehre gibt R a i s e r zu, daß seine Theorie von der normierten Verweisung Schwächen enthält. Das zeigt deutlich der Umstand, daß er zur Begründung des Zusatzes den Gedanken der Zumutbarkeit bemühen muß, den er Treu und Glauben (§ 157 BGB) entnimmt. Wenn man schon - wie R a i s e r - Treu und Glauben und die Verkehrssitte kombiniert anwendet, dann sollte man auch diese Reihenfolge beibehalten und nicht das mit Hilfe der (normierenden) Verkehrssitte gefundene Ergebnis mit Treu und Glauben im Einzelfall zu korrigieren versuchen. Vielmehr läßt sich - wie unten zu zeigen ist - die Korrektur der Starrheit dieser Lehre schon mit Hilfe des Geltungsbereichs der Verkehrssitte erreichen. R a i s e r s Ansicht ist daher abzulehnen.

VI. Die Vertragsergänzung durch den Handelsbrauch

M ö l l e r³⁾ untersucht speziell die Geltung der ADSp. Er folgt R a i s e r, indem er das Rechtsinstitut

1) S. 164

2) Er folgt damit der älteren Rechtsprechung, die der BGH aufgegriffen hat

3) BB 1962, 394 ff.; Verhandl. DIT E 22, E 39

der Vertragsergänzung verwendet, um die fehlende Verweisungserklärung des Auftraggebers zu ersetzen; es sei unter Kaufleuten üblich, auf die ADSP zu verweisen. Insoweit weicht M ö l l e r von R a i s e r ab, der die Verweisung auf die ADSP als Verkehrssitte ansieht¹⁾. Der Rechtsnatur nach sind aber beide gleich: Der Handelsbrauch tritt unter Kaufleuten an die Stelle der Verkehrssitte²⁾. Ob die Vereinbarung der ADSP nun verkehrs- oder handelsüblich ist - der Vertrag kann jedenfalls nicht mit der Unterwerfungserklärung des Kunden oder der Verweisung auf die ADSP ergänzt werden.

Bemerkenswert ist die Auslegung, die M ö l l e r dem Begriff Treu und Glauben bei der Vertragsergänzung gemäß § 157 BGB einräumt³⁾. Er meint, diese Grundregel erfordere, daß der Unternehmer seinen Kunden nicht treuwidrig mit den Geschäftsbedingungen überrumpeln und in seinem berechtigten Vertrauen enttäuschen. Das sei aber nicht der Fall, wenn in einem bestimmten Wirtschaftszweig allgemein bestimmte Geschäftsbedingungen benutzt würden. Ihre Geltung sei dem Kunden dann zuzumuten. M ö l l e r verschiebt damit die Akzente in § 157 BGB. Der Kunde muß nicht die Verkehrssitte gegen sich gelten lassen, weil der Unternehmer sich rechtmäßig verhält, sondern das Gericht kann den Vertrag nach Treu und Glauben ergänzen, das heißt, die Interessenlage abwägen und nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entscheiden, wie es den Vertrag ergänzt. Dabei soll das Gericht die zur Verkehrssitte gewordenen Geschäftsbedingungen "berücksichtigen", es muß sie nicht anwenden.

1) S.210 unter 3 (am Ende)

2) Staub § 346 Anm.1, Baumbach-Duden § 346 Anm.1, Gallois S.45, Staudinger-Weber § 242 Anm.A 149; Gierke S.22

3) Ähnlich, aber unscharf Raiser S.164

Außerdem kann von einer Zumutbarkeit nicht die Rede sein. Ein Handelsbrauch gilt nicht, weil er zumutbar ist, sondern weil er der ständigen kaufmännischen Übung entspricht. Schließlich geht M ö l l e r auf die Frage, wem gegenüber handelsübliche Geschäftsbedingungen anwendbar sind, nicht ein. Seine Ansicht führt daher nicht über R a i s e r s Lehre hinaus.

Außer M ö l l e r vertreten verschiedene andere Autoren die Ansicht, die Verweisung auf die ADSP sei handelsüblich oder die ADSP selbst seien Handelsbrauch geworden¹⁾. Zur Begründung²⁾ berufen sie sich meist darauf, daß die ADSP schon Jahrzehnte in Gebrauch seien³⁾. Dieser Umstand ist sicherlich richtig. Die

- 1) Zum Teil werden die ADSP für Verkehrssitte gehalten; das ist durch den Zusatz "(VS)" gekennzeichnet. Benkard BB 1953, 784 (VS), Bindels NJW 1955, 1132, Bussmann WuW 1955, 277, Capelle S. 101, Deringer NJW 1955, 1900; NJW 1956, 1714, Ferid, Abschluß, S. 31 Note 65, Gierke § 76 IV 1 S. 563 (VS), Häwert S. 31, Hamelbeck S. 33, Heymann-Kötter § 407 Anm. 1, Huber I S. 366, z.T. anders II S. 770, Krien/Hay § 2 Anm. 6, Linden BB 1958, 21, Möller BB 62, 395, Raiser SJZ 1950, 668 mit Einschränkungen, Schlegelberger-Schröder § 407 Anm. 11, Schmid-Lossberg MDR 1949, 609 (VS), BB 1952, 104, anderer Ansicht: Baumbach-Duden Anm. vor § 1 ADSP, Ewald BB 1951, 884, v. Godin § 407 Anm. 28a, § 346 Anm. 17, Metz S. 43, Ratz § 407 Anm. 28, Ruwe S. 42, Sander S. 91, Schmidt-Tophoff MDR 1961, 187, Seither S. 22, Staub-Gadow § 407 Anm. 28
- 2) Oft fehlen auch Begründungen, z.B. bei Capelle, Ferid, Heymann-Kötter, jeweils aaO. (vorige Fußnote)
- 3) So Bindels, Gierke, Schlegelberger-Schröder aaO. (vorletzte Fußnote), allgemein für AGB: Clauß MDR 1959, 157

ständige Anwendung reicht allein aber nicht aus, um einen Handelsbrauch zu begründen. Vielmehr muß die allgemeine Anerkennung, der Geltungswille, hinzukommen.¹⁾

Andere Stimmen in der Literatur erwähnen neben der allgemeinen Übung ausdrücklich auch die Billigung der ADSp durch die Kaufmannschaft²⁾. Sie geben aber nicht an, nach welchen Merkmalen diejenigen Kaufleute bestimmt werden sollen, denen gegenüber die ADSp als Handelsbrauch gelten. Oder sind es alle? Es wird - nur unter Hinweis auf die umfassende Übung - sogar die Ansicht geäußert, die ADSp seien Verkehrssitte, also gegenüber jedermann ohne Vereinbarung anwendbar³⁾. Diese Ansicht hat die stärkste Kritik herausgefordert, Nichtkaufleute sollen keinesfalls die Geltung der ADSp auf sich zu nehmen brauchen. Diese Kontroverse zeigt, daß für die Abgrenzung des Personenkreises, in dem die ADSp ohne Vereinbarung gelten, bisher die richtigen Maßstäbe fehlen.

Unklarheiten bestehen weitgehend auch über die Geltungsgrundlage der Handelsbräuche. Vielfach wird angenommen, Handelsbräuche seien gemäß § 346 HGB, wonach auf die Handelsgewohnheiten Rücksicht zu nehmen ist, ohne weiteres gegenüber jedem Kaufmann anzuwenden⁴⁾. Dabei wird übersehen, daß ein Handelsbrauch lediglich eine besondere Art der Verkehrssitte ist. Die Sitte steht aber gemäß §§ 157, 242 BGB unter dem besonderen Gebot

1) s. oben S. 35 f.

2) Busmann WuW 55, 277, Huber I S.366

3) vgl. oben S. 42 Note 1

4) vgl. z.B. Bindels BB 1958, 16, der meint, die ADSp seien als Handelsbrauch "wie ein Gesetz" zu behandeln

von Treu und Glauben. Sie bedarf auch weder einer Vereinbarung¹⁾, noch kehrt sie die Beweislast für das Vorliegen einer seinem Inhalt entsprechenden Vereinbarung um²⁾; wer das Bestehen einer Verkehrssitte oder eines Handelsbrauches mit einem bestimmten Inhalt behauptet, muß es auch beweisen³⁾.

Das weitere Problem, in welchem Umfang handelsübliche Allgemeine Geschäftsbedingungen vom dispositiven Recht abweichen können, ist ebenfalls weithin unklar. So meint zum Beispiel D u d e n, daß Geschäftsbedingungen kein Handelsbrauch sein könnten, wenn ihr Inhalt "stark" vom allgemeinen Recht abweiche⁴⁾. L u k e s schreibt, die Kunden verbänden im allgemeinen mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht die Vorstellung der Verkehrsüblichkeit, da diese ihre Rechtsstellung verschlechtern, so daß Allgemeine Geschäftsbedingungen nur ausnahmsweise zum Handelsbrauch erwachsen könnten⁵⁾.

Beide Meinungen sind unrichtig, denn Handelsbräuche können sehr wohl von dispositiven Rechtsnormen abweichen und die Verschlechterung der Rechtsposition kann für die Gegenleistung eines niedrigen Preises durchaus in Kauf genommen werden.

Die Rechtsprechung hat, bevor sich die Lehre des Bundesgerichtshofes vom Kennen und Kennenmüssen der ADSp durchgesetzt hatte, verschiedentlich die Handelsüblichkeit

1) So Wolgast BB 1954, 675; diese von Laband ZHR 17 (1873) 466 ff. u.a. vertretene Ansicht ist bereits von Oertmann S.65 ff. und Raiser S.84 ff. treffend abgelehnt worden.

2) So Wolgast (vorige Note)

3) BGH 29.11.1961 JZ 63, 169

4) Baumbach-Duden Einf. Buch III Bem. 3D; ähnlich Ratz § 407 Anm.28 für die ADSp

5) JuS 1961, 304

der ADSP bejaht¹⁾. Die Gerichte standen dabei weitgehend noch unter dem Einfluß der 1939 angeordneten Allgemeinverbindlichkeit der ADSP; die Gültigkeit dieser Anordnung war 1945 fragwürdig geworden. Um nicht über ihr Fortbestehen entscheiden zu müssen, griffen die Gerichte auf das bewährte Rechtsinstitut des Handelsbrauches zurück. Sie konnten sich dabei auf die bereits vor 1939 erfolgte höchstrichterliche Anerkennung der ADSP als Handelsbrauch berufen²⁾. Dogmatische Begründungen fehlen jedoch durchweg. Rechtsprechung und Rechtslehre liefern also keine brauchbare Grundlage für die Anwendung nichtvereinbarter Geschäftsbedingungen.

Auf R a i s e r s Erkenntnissen aufbauend soll jetzt versucht werden, dieses Problem insbesondere im Hinblick auf die ADSP zu lösen. Dafür ist eine Analyse der Begriffe Handelsbrauch³⁾ und Vertragsergänzung nötig. Anschließend sollen die gewonnenen Ergebnisse an den ADSP erprobt und versucht werden, die zahlreichen Einwände gegen die Handelsüblichkeit der ADSP darzustellen.

-
- 1) Benkard BB 1953, 784 (VS), Bindels NJW 1955, 1132, Bussmann WuW 1955, 277, Capelle S.101, Deringer NJW 1955, 1900; NJW 1956, 1714, Ferid, Abschluß, S.31 Note 65, Gierke § 76 IV 1 S.563 (VS), Häwert S.31, Hamelbeck S.33, Heymann-Kötter § 407 Anm.1, Huber I S.366, z.T. anders II S.770, Krien/Hay § 2 Anm.6, Linden BB 1958, 21, Möller BB 62, 395, Raiser SJZ 1950, 668 mit Einschränkungen, Schlegelberger-Schröder § 407 Anm.11, Schmid-Lossberg MDR 1949, 609 (VS), BB 1952, 104, Wolgast BB 1954, 675
 - 2) z.B. OLG Breslau JW 1936, 2938, HansOLG JW 38, 876
 - 3) Möller sagte noch 1955, die Rechtsnatur des Handelsbrauches sei weitgehend ungeklärt (Verhandlungen DJT, E 37)

4. Kapitel

Die Geltung der ADSp als Handelsbrauch und Verkehrssitte

A) Die Vertragsergänzung

I. Der Begriff

Über das Wesen und die Funktion der Vertragsergänzung sind bereits oben einige Ausführungen gemacht worden¹⁾. Sie sollen hier um wenige Punkte ergänzt werden.

Umstritten ist, ob § 157 oder § 242 BGB dem Richter gebietet, einen Vertrag ergänzend auszulegen²⁾. Da der Inhalt beider Normen fast gleich ist, spielt es allerdings keine Rolle, ob man die eine oder die andere anwendet³⁾. Dogmatisch sauberer ist es jedoch, § 157 heranzuziehen, weil er von der Auslegung spricht, während § 242 die Wirkungen eines bereits geschlossenen Vertrages betrifft, die allerdings auch einmal in die Zeit vor Vertragsschluß ausstrahlen können (culpa in contrahendo)⁴⁾. Insoweit besteht also ein - wenn auch geringer - Unterschied, der es rechtfertigt, nur § 157 heranzuziehen.

1) s. oben S. 38

2) Für § 242: Enneccerus-Nipperdey S. 272 Note 5; für § 157: Lorenz JZ 1961, 433; Larenz NJW 63, 737; BGH 9, 277

3) Henckel S. 121

4) eine genaue Abgrenzbarkeit bezweifeln Soergel-Siebert § 157 Anm. 72 a.E., Larenz Lehrbuch § 8 II S. 88

Voraussetzung für die ergänzende Vertragsauslegung ist, daß der Vertrag eine Lücke aufweist. Fehlt eine Verweisung auf die Geschäftsbedingungen, könnte allerdings ein Dissens vorliegen. Ein Dissens ist nach § 155 BGB gegeben, wenn sich die Parteien über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt haben und wenn sie - oder eine von ihnen - den Vertrag nicht ohne den ungeregelt gebliebenen Punkt abgeschlossen hätten. Der Spediteur empfindet die Verweisung auf die ADSP und den SVS/RVS regelmäßig als so wesentlich, daß er den Vertrag nicht ohne sie abschließen würde. Der Vertrag wäre also in der Regel gemäß § 155 BGB nichtig. Da der Spediteur den Auftrag in Unkenntnis des Dissenses trotzdem ausführt, wird die Frage erst akut, wenn ein Schaden eingetreten ist. Beruft sich der Spediteur jetzt auf die Nichtigkeit des Vertrages, müßte er für den Schaden aus nichtvertraglichen Haftungsgründen (Geschäftsführung ohne Auftrag¹⁾, unerlaubte Handlung usw.) selbst einstehen, da die Speditionsversicherung nur eintritt, wenn die ADSP Vertragsinhalt sind²⁾. Um aber nicht selbst haften zu müssen, wird sich kein Spediteur, der die Speditionsversicherung gedeckt hat, auf Dissens berufen. Der Auftraggeber andererseits kann einen Einigungsmangel nicht behaupten, da er den Vertrag stets auch ohne Vereinbarung der ADSP abgeschlossen hätte, weil für ihn die Geltung der ADSP nicht wesentlich ist. In der Praxis beruft sich also hinsichtlich der Verweisung auf Geschäftsbedingungen keine Partei auf Dissens. Die lückenhafte Vereinbarung muß im Wege der Vertragsergänzung vervollständigt werden³⁾.

1) Streitig, vgl. Enneccerus-Lehmann § 165 III 3 S.699

2) vgl. dazu unten S.131

3) Der Begriff der Vertragslücke soll hier nicht weiter vertieft werden (vgl. dazu Larenz NJW 63, 738 f.)

Unter Vertragsergänzung ist die Tätigkeit zu verstehen, die der Richter vornehmen muß, um eine ursprüngliche oder nachträgliche Vertragslücke auszufüllen. Er hat dabei zu ermitteln, welche Regelung sich aus dem Sinn und Zweck des Vertrages für die in ihm offen gebliebene Frage ergibt und dabei das Gebot von Treu und Glauben zu berücksichtigen¹⁾.

II. Das Verhältnis zum dispositiven Recht

Zur Ausfüllung einer Vertragslücke gibt es außer der Vertragsergänzung die Möglichkeit, das dispositive Recht anzuwenden.

H e n c k e l²⁾ tritt für den Vorrang der dispositiven Rechtsnorm ein. Er meint, die ergänzende Auslegung greife bereits über den Vertragsinhalt hinaus; die richterliche Tätigkeit bei der Vertragsergänzung sprengte die durch das Aushandeln des Vertrages unter den Parteien gewährleistete "Richtigkeit des Vertrages"³⁾. Der Vertrag könne also nicht mehr aus sich heraus weiter entwickelt werden⁴⁾. Die damit bestehen bleibende Lücke sei durch das dispositive Recht zu schließen. Dieses verlange schon seiner Definition nach eine Außerkraftsetzung durch die Parteien, nicht durch den Richter⁵⁾.

1) so die Definition von Larenz NJW 63, 737

2) S. 121, ihm folgt Mangold NJW 1961, 2284; ohne nähere Begründung ebenso A. v. Tuhr II 1 S.545; Palandt-Danckelmann § 155 Anm. 1

3) S. 115 unter Hinweis auf Schmidt-Rimpler

4) vgl. auch die Formel des BGH, daß das von den Parteien Gewollte nicht erweitert werden dürfe (BGH 22.4.53 IM Nr. D 2 zu § 157 BGB, 10.7.1963 NJW 63, 2075)

5) S. 122

Zunächst kann hier¹⁾ ein Fragenkreis ausgeklammert werden: Wenn eine einschlägige Dispositivnorm fehlt, etwa weil der vorliegende konkrete Vertragstyp im Gesetz überhaupt nicht geregelt ist, muß auch nach H e n c k e l der Richter schöpferisch tätig werden²⁾. Das Problem "Vertragsergänzung oder dispositives Recht ?" besteht also praktisch nur, wenn eine lückenfüllende Norm vorhanden ist. Die Gegenansicht³⁾ hält die Ergänzung des Vertrages für die selbstverständliche Fortsetzung der Interpretation des Vertrages, so daß sie "als Auslegung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung" den Rechtsnormen vorgehe⁴⁾. Die - richtige - Mittelmeinung läßt das dispositive Recht dort vorgehen, wo der ergänzungsbedürftige Vertrag einem gesetzlich geregelten Vertragstyp entspricht oder stark ähnelt. Weicht der konkrete Vertrag jedoch in einer wesentlichen Beziehung von der vom Gesetzgeber vorausgesetzten Vertragssituation ab, muß die richterliche Vertragsergänzung den Vorrang haben⁵⁾. Da die Hauptgeschäfte des Spediteurs in den §§ 407 bis 451 HGB ausdrücklich geregelt sind, müßte eine Vertragslücke grundsätzlich aus ihnen oder den subsidiär anwendbaren HGB- und BGB-Vorschriften gefüllt werden.

Die Situation könnte aber anders sein, wenn ein Handelsbrauch besteht, der die Lücke füllt. Die Recht-

-
- 1) s. aber unten S. 102 f. (der sog. hypothetische Par-
teiwille im IPR)
 - 2) Auch Cертmann beschränkt die Vertragsergänzung auf
diesen Fall (vgl. S. 183 ff., 310 ff.), weil der Rich-
ter eine Dispositivnorm nicht beiseiteschieben dürfe,
denn die Parteien hätten sich beim Vertragsschluß viel-
leicht bewußt auf die Norm verlassen. Dann haben sie m.E.
aber den Inhalt der Norm in ihren Vertrag einbezogen,
so daß eine ergänzbare Vertragslücke fehlt.
 - 3) Staudinger-Coing § 133 Anm. 37 a.E., Palandt Einf. 2
vor 116, Soergel-Siebert § 157 Note 80, Enneccerus-
Nipperdey S. 272 Note 5, Erman-Hefermehl § 157 Anm.6
 - 4) Staudinger-Coing aaO. - 5) Larenz NJW 1963, 737 ff.

sprechung ist allerdings auch beim Vorhandensein einer Verkehrs- oder Handelssitte grundsätzlich an "Gesetz und Recht" gebunden (Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz). Damit ist auch das dispositive Recht gemeint. Die in ihm enthaltenen Interessenabwägungen treffen im Regelfall das Richtige und ermöglichen eine gerechte Entscheidung¹⁾.

Andererseits hat sich jedoch seit dem Inkrafttreten von BGB und HGB vieles grundlegend geändert. Viele Konfliktmöglichkeiten sind neu hinzugekommen, viele waren auf die "Postkutschenzeit" zugeschnitten²⁾. Sollen die richterlichen Entscheidungen nicht lebensfremd sein, so muß man die Möglichkeit schaffen, im Einzelfall vom dispositiven Recht abzuweichen. Das kann zwar auch mit Hilfe der sogenannten korrigierenden Gesetzesauslegung³⁾ zu erreichen sein, aber diese Lösung ist nur ein Notbehelf. Dem System des BGB entspricht es eher, Verträge mit Hilfe eines Handelsbrauches oder einer Verkehrssitte zu ergänzen, als eine dispositive Rechtsnorm den gegebenen Verhältnissen anzupassen. Man kann daher unbedenklich Handels- oder Verkehrssitten zur Vertragsergänzung heranziehen, auch wenn ein abdingbarer Rechtssatz entgegensteht. Dabei darf nämlich nicht vergessen werden, daß die Vertragsergänzung in erster Linie nach Treu und Glauben und nur "mit Rücksicht" auf die Verkehrssitte vorzunehmen und daher zu prüfen ist, ob die Verkehrs- oder Handelssitte im Einzelfall oder generell Treu und Glauben widerspricht⁴⁾. Eine gene-

1) Gallois JR 1956, 410

2) überholte Bestimmungen sind im Bankgeschäft z.B. §§ 84 Abs. 2 HGB; 1190, 1187 BGB (vgl. Schütz JZ 1961, 105 ff)

3) ähnlich Oertmann S. 189

4) Gierke S. 24, Baumbach-Duden § 346 Anm. 1 F, Staudinger-Weber Anm. A 162, Heinz Hildebrandt S. 337

rell unbillige Verkehrssitte stellt einen "Mißbrauch" dar und ist unbeachtlich, und zwar insbesondere dann, wenn sie ohne zwingenden Grund dispositives Recht verdrängen will¹⁾. Eine nicht mißbräuchliche, unbedenkliche Verkehrssitte kann also dispositive Rechtssätze umstoßen. Auf diese Weise wird eine gesunde Entwicklung des Rechts auf der Grundlage der Billigkeit gefördert²⁾. Da ferner die meisten Handelsbräuche und auch die handelsüblich gewordenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen als typische Branchenregeln gelten können, entspricht ihre Anwendung zugleich einer Berücksichtigung der Eigenart des besonderen Geschäfts. Den Anforderungen des typischen Falles wird gegenüber der generalisierenden, schematischen Interessenabwägung des Gesetzes zum Durchbruch verholfen.

Der Vorrang der Verkehrssitte und des Handelsbrauches vor dem dispositiven Recht wird allgemein auch in der Rechtslehre anerkannt³⁾, wobei Siebert mit Recht hervorhebt⁴⁾, daß diese Ansicht durch die Nichtbeachtung mißbräuchlicher Verkehrssitten zum gleichen Ergebnis gelangt wie die Gegenmeinung.

Sollten die ADSP als Handelsbrauch anzusehen sein, so können sie also auch dann zur Ergänzung von Lücken eines Spediteurvertrages herangezogen werden, wenn passende dispositive Rechtsnormen vorhanden sind. So hätte zum Beispiel § 64 ADSP, der die Verjährung auf

1) Ähnlich Soergel-Siebert § 157 Anm. 33

2) Enneccerus-Nipperdey S.272 Note 5

3) Gierke S.24; Soergel-Siebert § 157 Anm.33; Würdinger RGRK HGB Allg.Einl.Anm.26, Düringer-Hachenburg Allg.Einl.Anm.7; Staudinger-Weber § 242 Anm.A 155, BGH BB 1952, 213; Nipperdey (Note 2); a.A. Oertmann 310 ff; Schreiber S.48 ff., Gallois JR 1956, 411; Schlegelberger-Hildebrandt § 346 Anm.9

4) Soergel-Siebert § 157 Anm.33

6 Monate festlegt, den Vorrang vor § 414 HGB, der die Verjährung erst nach einem Jahr eintreten läßt. Bei jeder Einzelregel der ADSp wäre jedoch zu prüfen, ob sie keinen Mißbrauch darstellt. Die Anschauungen darüber, was mißbräuchlich ist, können sich ändern. Deshalb soll hier keine Kasuistik geboten werden. Im allgemeinen sind die Bestimmungen der ADSp als angemessene Regelung des Speditionsvertrages anzusehen.

B) Der Handelsbrauch

Es erübrigt sich, an dieser Stelle die bereits erwähnten Kennzeichen und Auswirkungen der Verkehrssitte und des Handelsbrauches oder ihre gesetzliche Grundlage ausführlicher darzustellen. Wesentlich für die Prüfung, ob die ADSp Handelsbrauch sind, ist es aber festzustellen, aus welchen Elementen ein Handelsbrauch besteht.

Erster und wichtigster Bestandteil des Handelsbrauches und der Verkehrssitte ist die allgemeine Übung. Sie entsteht aus einer beiderseitig gleichartigen Behandlung von Verträgen oder Fällen und aus einseitig gleichartiger Behandlung von Fällen unter Billigung des anderen Beteiligten¹⁾. Ständige Wiederholung und allmähliche Verbreitung der gleichförmigen Sachbehandlung führen nach einer gewissen Zeit schließlich dahin, daß die Beteiligten diese Übung als Bestandteil der Lebens- und Geschäftserfahrung empfinden und stillschweigend untereinander voraussetzen, ohne sie in ihren Verträgen zu erwähnen. Der Wille, sich an die Übung zu halten, ist

1) Mehl S. 2

zwar äußerlich nicht erkennbar, aber durchaus noch vorhanden; in einem späteren Stadium wird er dann einfach unterstellt¹⁾, unwiderlegbar vermutet.

Vom zweiten Bestandteil der Verkehrssitte, der allgemeinen Billigung der Übung durch die Rechtsgenossen wurde bereits bei ihrer Abgrenzung zur Rechtsüberzeugung beim Gewohnheitsrecht gesprochen. An Stelle der einzelnen an der Sitte beteiligten Personen kann auch ihr Verband die notwendige allgemeine Überzeugung äußern. Sind die von der Verkehrssitte Betroffenen in mehreren Verbänden organisiert, müssen alle zustimmen²⁾. Der Anerkennungswille der Nichtorganisierten äußert sich in der Anwendung der Übung.

Eine ausnahmslose Anerkennung der Verkehrssitte ist nicht notwendig. Die Übung muß sich jedoch so allgemein durchgesetzt haben, daß eine abweichende Übung nur als Ausnahmeerscheinung angesprochen werden kann³⁾.

Die dritte Voraussetzung für die Anwendbarkeit eines Handelsbrauchs ist die Gruppenzugehörigkeit. Die Verkehrssitte ist als eine Unterart der Sitte Richtschnur für einen bestimmten Personenkreis, insoweit dem Gesetz vergleichbar, dessen Wirkung im allgemeinen auf das Staatsgebiet und die Staatsangehörigen beschränkt ist. Die Begrenzung auf eine einzelne Gruppe zeigt sich auch beim Handelsbrauch, der eben nur unter Kaufleuten gilt. Ein Handelsbrauch ist selten allgemein verbreitet. Regelmäßig ist er auf eine Branche oder eine Landschaft, einen Ort beschränkt. Er kann dann grundsätzlich nur

1) Mehl S. 3

2) Raiser S. 81

3) Gallois S. 46

für die Ortsansässigen und die Angehörigen dieser Branche Wirkungen äußern. Jede Regel, die von einer Gemeinschaft aufgestellt ist, kann nur ihre Mitglieder erfassen. Soll sie für einen Fremden gelten, dann muß er entweder Mitglied der Gemeinschaft werden oder es muß nachgewiesen werden, daß die Regel - nach gewissen Kollisionsnormen - für ihn wirksam ist.

Muß das einzelne Mitglied des Rechtskreises, in dem die Verkehrssitte gilt, ihr Bestehen kennen, damit sie ihm gegenüber angewendet werden kann? Betrachtet man die Verkehrssitte, wie es hier geschieht, als Regel, als Norm, dann müßte ihre Geltung an sich unabhängig von der Kenntnis der ihr Unterworfenen sein. Auch eine Rechtsnorm findet Anwendung, ohne daß gefragt wird, ob man sie kannte oder nicht. Hier melden sich jedoch sofort Zweifel: Dieser Satz gilt zumindest im Straf- und Deliktsrecht nicht uneingeschränkt. Nach der Lehre vom sogenannten Verbotsirrtum handelt jemand, der die von ihm verletzte Norm nicht kannte, schuldlos, sofern die Unkenntnis unvermeidlich war. Das Korrektiv der Vermeidbarkeit zeigt, daß auch diese Lehre an dem Grundsatz, daß jeder die Straf- und Deliktsnormen zu kennen hat, nichts ändert; sie stellt eine Ausnahme von der Regel dar und läßt sich als solche nicht auf das hier behandelte andersartige Rechtsgebiet übertragen. Vom Bestehen und vom Inhalt der Verkehrssitte braucht der Einzelne also keine Kenntnis zu haben, solange die Übung in seinem Kreis besteht und gebilligt, daß heißt von der großen Mehrzahl seiner Gruppengenossen gekannt wird¹⁾. Der Bürger A braucht also zum Beispiel nicht zu wissen, daß es in X Sitte

1) Raiser S. 200

ist, Neubauwohnungen vollständig mit Öfen auszustatten. Kraft seiner Zugehörigkeit zur Einwohnerschaft von X kann er sich auf diese Verkehrssitte berufen. Voraussetzung ist nur, daß diese Sitte noch besteht, d.h. von grundsätzlich allen anderen Bürgern geübt und sanktioniert wird.

Letztlich beruht die Wirkung der Verkehrssitte trotz Unkenntnis also auf der unwiderleglichen Vermutung, daß man als Angehöriger der die Sitte übenden Gemeinschaft sie tatsächlich auch kennt und, daß die Behauptung, eine in dem eigenen Berufskreis vorhandene (nachteilige) Sitte nicht zu kennen, vermutlich nicht stimmt.

Das Wissen von dem Bestehen einer Verkehrssitte oder eines Handelsbrauches wird dementsprechend von Rechtslehre und Rechtsprechung für unerheblich gehalten¹⁾.

Die Gruppe von Kaufleuten, in der eine Usance gilt, ist nicht geschlossen. Man kann eintreten und austreten. Der Beginn der Zugehörigkeit ist nicht an formale Rechtshandlungen geknüpft. Schon durch die Betätigung in einem gewissen Geschäftszweig wird man Mitglied des Geltungsbereichs von Handelsgewohnheiten. Der Austritt erfolgt durch das Ausscheiden aus dem Beruf oder dadurch, daß man die Geltung eines bestimmten oder aller Handelsbräuche so lange ausdrücklich abbedingt, bis man allgemein als Außenseiter bekannt ist.

Innerhalb einer Branche gibt es im allgemeinen keine Institutionen, die dem Eintretenden die notwendigen

1) von Tuhr S. 31; Oertmann S. 386, Gierke S.23, Baumbach-Duden § 346 Anm. 1 E; RG 95, 243, RGJW 1914, 673; Koenige § 346 Anm. 1, Ritter § 346 Anm. 4

Kenntnisse der Usancen mitteilen, wie etwa der Vereinsvorstand dem neuen Mitglied die Vereinssatzung in die Hand drückt. Die Geschäftskenntnisse werden vorausgesetzt. Das soll nicht heißen, daß den "Neuen" eine Pflicht treffe, sich die für die Branche notwendigen Kenntnisse zu verschaffen. Eine derartige Erkundigungspflicht nach den etwa bestehenden Usancen oder Geschäftsbedingungen besteht nicht. Es ist vielmehr eine Art Risikohandlung, die der "Neue" vornimmt, wenn er Geschäfte abschließt, ohne die näheren Umstände festzustellen. Niemand außer ihm selbst hat ein Interesse daran, daß ihm das notwendige Fachwissen vermittelt wird. Es ist seine Sache, sich darum zu bemühen¹⁾.

Ähnlich versagt R a i s e r²⁾ der spekulierenden Beamtenwitwe oder dem im Großhandel aktiven Landwirt³⁾ den Vorzug vor dem Durchschnitts Kaufmann, wenn es um die Auslegung der Börsen- oder Großhandelsusancen geht. Sie müssen sich die Gleichbehandlung gefallen lassen und haben keinen Anspruch darauf, daß die Bedingungen für sie günstiger ausgelegt werden als für die berufsmäßig mit ihnen Befassten.

Faßt man das Gesagte mit R a i s e r 's Worten⁴⁾ kurz zusammen, so sind die Voraussetzungen für die rechtliche Anerkennung einer Übung als Verkehrssitte ein Rechtskreis, in dem zwischen den einzelnen Rechtsgenossen Zusammenhang genug besteht, daß sich eine Ordnung für die Rechtsbeziehungen innerhalb der Gruppe bilden kann, das Bestehen einer tatsächlichen Übung im Sinne der festzustellenden Sitte und endlich die

1) im Ergebnis ebenso RG 97, 218

2) S. 259

3) ebenso RG JW 1914, 673

4) S. 86 f.

Sanktion dieser Sitte durch die Gruppe, d.h. ihre Aufnahme in den Geltungswillen¹⁾ der Gruppe.

C) Die ADSp als Handelsbrauch

I. Die tatsächliche Übung

Nachdem die Grundlagen für die Geltung und die notwendigen Bestandteile eines Handelsbrauches dargelegt worden sind, soll nachgewiesen werden, daß die ADSp unter gewissen Voraussetzungen als Handelsbrauch wirksam sind.

1) Die langjährige Anwendung

Die ADSp sind seit 1927 in Benutzung. Die letzte größere Änderung erfolgte 1951²⁾. Seit diesem Zeitpunkt sind so viele Jahre verstrichen, daß auch für die jetzt geltende Fassung eine langdauernde Übung bejaht werden kann. Selbst L u k e s, welcher für die Entstehung einer Verkehrssitte ein "Herkommen", eine Tradition, fordert³⁾, muß diese bei den ADSp anerkennen⁴⁾.

2) Die §§ 39a und 41c ADSp

An der tatsächlichen Übung hat der Streit um die sogenannte Speditionspolice (Sp-Police) nichts geändert. Dabei geht es um die Frage, ob die §§ 39a, 41c ADSp noch heute vorschreiben, die Spe-

1) Darunter versteht Raiser im Gegensatz zur hier vertretenen Ansicht allerdings die opinio iuris

2) Krien/Hay S. 24; die Prämienenerhöhung soll hier außer Acht gelassen werden

3) JuS 1961, 304

4) Damit erledigt sich für die ADSp das Problem, wie sich die Veränderung des Inhalts von AGB durch den Aufsteller auf die Verkehrssitte auswirkt

ditionsversicherung nach dem SVS/RVS bei den in § 19 SVS genannten Versicherern einzudecken, oder ob der Spediteur seit 1945 auch mit anderen Versicherern, die Schutz nach der sogenannten Sp-Police anbieten, abschließen darf. Nach §§ 39 a, 41 c ADSp ist es dem Spediteur verboten, die Versicherung bei anderen als den SVS-Versicherern einzudecken. Verstößt er gegen dieses Verbot, kann er sich nicht auf die ADSp berufen.

Es wird die Ansicht vertreten¹⁾, durch den Wegfall der Wirtschaftsverbände, die 1927 die ADSp schufen, und durch den - ebenfalls kriegsbedingten - teilweisen Wechsel der SVS-Versicherer sei § 41 c obsolet geworden. Solange er aber noch in dem gedruckten, veröffentlichten Text der ADSp steht, gehört er zu den ADSp und ist sinngemäß auszulegen. Unter "Versicherer" sind daher die heute vorhandenen Träger des SVS/RVS zu verstehen. Ähnlich ist es, wenn die Parteien eines nach internationalem Schuldrecht zu beurteilenden Vertrages auf ein älteres deutsches Gesetz verweisen, in dem die Begriffe "Reich", "Reichsrat" oder ähnliches vorkommen. Diese sind durch die entsprechenden neuen Begriffe zu ersetzen. Solange also § 41 c noch mit den ADSp veröffentlicht wird, muß er um der Rechtsklarheit willen eindeutig abbedungen werden, wenn der Spediteur an Stelle des SVS/RVS die Sp-Police als Spediti-
onsversicherung vereinbaren will.

1) Möller BB 62, 396; Wolgast ZHR 126, 305 mit weiteren Nachweisen

Eine andere Frage ist es, ob die §§ 39a, 41c ADSp gelten, wenn die ADSp als Ganzes nicht ausdrücklich oder konkludent Vertragsinhalt geworden sind, mit anderen Worten, ob die Handelsüblichkeit der ADSp auch die genannten Bestimmungen erfaßt. Da die Abdingung des § 41c seit der Nachkriegszeit oft vorkommt, nehmen einige Autoren an¹⁾, daß die ADSp nur noch ohne die §§ 39a, 41c und den SVS/RVS üblich sind. Dabei kommt es darauf an, ob die Zahl der zu den Bedingungen der Sp-Police abgewickelten Spediti-
tionsverträge gegenüber den nach dem SVS/RVS behandelten ins Gewicht fällt. Die Anzahl der Spediteure, die mit der Sp-Police arbeiten, wird auf nicht mehr als 5 % aller Spediteure geschätzt²⁾. Sie betreiben überwiegend kleine und mittlere Unternehmen. Die großen Spediti-
onsfirmen mit dem bei weitem stärkeren Auf-
tragsbestand haben die Versicherung nach dem SVS/RVS beibehalten. Die Zahl der nach der Sp-Police versicherten Aufträge liegt also schätzungsweise noch unter 5 %.

Demgegenüber spricht M ö l l e r von "Milli-
onen von Verkehrsverträgen", die nach der Sp-Police abgewickelt wurden³⁾. Selbst mehrere Millionen würden jedoch nur einen Bruchteil der seit 1930 nach dem SVS/RVS abgewickelten Verträge darstellen. Bereits kurz nach Erschei-
nen der ADSp wurden in Berlin arbeitstäglich

1) Möller BB 1962, 394, Seither S. 22, Bindels NJW 1955, 1134

2) Dehringer BB 1960, 889 Fußnote 18, die Zahl dürfte sich inzwischen nicht wesentlich geändert haben.

3) BB 1962, 396

20.000 Verträge nach den ADSp und dem SVS abgeschlossen¹⁾, das heißt im Jahre rund 6 Millionen. 1962 waren es - nach einer Auskunft der Firma Schunck - etwa 30 Millionen. Immerhin ist anzunehmen, daß sich die Sp-Police im Laufe der nächsten Jahre so durchsetzt, daß die §§ 39 a, 41 c ADSp nicht mehr handelsüblich sind. Für die derzeitige Rechtslage ist entscheidend, daß die Versicherung bei den SVS-Versicherern der "allgemeinen" Übung entspricht. Eine ausschließliche Anwendung ist nicht notwendig; die überwiegende Verkehrssitte muß als Regel und die abweichende als Ausnahme angesehen werden²⁾. Da die Versicherung nach der Sp-Police in Spediteur- und Verladerkreisen noch als Ausnahme betrachtet wird, sind die §§ 39 a, 41 c ADSp noch Handelsbrauch. Die Ansicht der Gerichte oder gar die Behandlung in der juristischen Literatur ist in diesem Zusammenhang gleichgültig³⁾; die Richter und Schriftsteller zeichnen den SVS/RVS nicht, sie beteiligen sich an der Übung nicht. Solange die genannten Klauseln der ADSp noch üblich sind, können die ADSp also als Handelsbrauch oder Verkehrssitte nur dann angewandt werden, wenn der Spediteur den SVS/RVS gezeichnet hat.

3) Die Gelegenheitsspediteure

Gegen die allgemeine Üblichkeit der ADSp wird vorgebracht, daß es auf der Seite, die sie stets

1) Vgl. das bei Düringer-Hachenburg-Lehmann Anm. 17 vor § 407 zitierte Gutachten der Industrie- u. Handelskammer Berlin-Mitte

2) Gallois JR 1956, 46

3) Anders Wolgast ZHR 126, 307 ff.

anwenden müßte - bei den Spediteuren - kleine Firmen gibt, die nicht zu den ADSp abschließen¹⁾. Wo nicht einmal auf Seiten der Unternehmer eine regelmäßige Übung bestehe, wird gesagt²⁾, werde sie auf Seiten der Kunden noch viel weniger anzutreffen sein. Speditionsfirmen, die nicht zu den ADSp abschließen, sind jedoch dem Zentralverband der Spediteure, der Arbeitsgemeinschaft Spedition und Lagerei, nicht bekannt. Die Gegenmeinung beruht wahrscheinlich darauf, daß einzelne Güterfernverkehrsunternehmen, die sich aus Reklamegründen häufig als "Speditionsfirma" bezeichnen³⁾, die ADSp nicht benutzen. Der Güterfernverkehr ist jedoch Frachtgeschäft und keine Spedition, auch wenn dem Frachtführer im Rahmen einer Geschäftsverbindung gelegentlich einmal ein Speditionsauftrag erteilt wird. Er handelt dann als Gelegenheitsspediteur im Sinne von § 415 HGB; ein Speditionsgeschäft betreibt er damit nicht. Die ADSp sind also ganz unbedenklich als allgemeine Übung anzusehen.

4) Die Anwendung aller Klauseln

Die allgemeine Übung bezieht sich durchweg auf alle Klauseln der ADSp. Der einzelne Spediteur geriete allerdings in Verlegenheit, wenn man ihn nach dem Inhalt einer Bestimmung fragt. Die aus den ADSp und anderen Vorschriften fließenden Befugnisse und Pflichten sind ihm so in Fleisch und Blut übergegangen, daß er nicht mehr

1) Metz S. 56, Ballerstedt JZ 51, 224, Raiser SJZ 50, 668

2) Metz aaO

3) Der Begriff "Spediteur" ist nicht gesetzlich geschützt, wie z.B. andere Berufsbezeichnungen

angeben kann, woher er sie kennt. Bei den Verladern ist es ähnlich, zum Beispiel wird kaum einer von ihnen sagen können, daß sich seine Pflicht, dem Spediteur Adressenänderungen unverzüglich mitzuteilen, gerade aus § 9 ADSp und nicht aus kaufmännischen Gepflogenheiten ergibt. Aber diese praktischen Schwierigkeiten treten bei allen Handelsbräuchen auf.

5) Die Übung unter Spediteuren

Obwohl die ADSp auf den Geschäftsverkehr zwischen dem Spediteur und seinem Auftraggeber zugeschnitten sind, gelten sie in großen Teilen auch zwischen Spediteuren als Handelsbrauch. Denn die Rechtsbeziehungen zwischen dem Haupt- und dem Zwischenspediteur ähneln denen zwischen dem Auftraggeber und dem Spediteur.¹⁾ Daher können sich auch Spediteure untereinander auf die ADSp berufen, soweit die Bedingungen nicht speziell auf die Verloader zugeschnitten sind.

II. Der Geltungswille

1) Die Verladerschaft

Die tatsächliche Übung wird auch von einem Geltungswillen getragen. Auf der Seite der Spediteure versteht sich das von selbst. Aber auch die verladende Wirtschaft, der andere Teil der Gesamtgruppe, die die ADSp geschaffen hat, billigt sie. Das zeigt sich bereits bei der Lektüre

1) Nach § 4 Ziff. 1b SVS ist der Zwischenspediteur bei Fehlern durch die Versicherung des Hauptspediteurs gedeckt, so daß er den Auftrag den SVS-Versicherern nicht anzumelden braucht

des Kommentars von S c h w a r t z, der als Vertreter der Industrie an der Abfassung der ADSp beteiligt war. Er schrieb im Jahre 1931, daß die gesetzliche Haftung des Spediteurs kaum gerechtfertigt und tragbar sei. Die Spitzenverbände der Wirtschaft hätten bei der Aufstellung der ADSp auf die Durchsetzung einer höheren Haftpflicht des Spediteurs verzichtet, weil ihren Bedürfnissen durch die Speditionsversicherung in erträglichem Maße Rechnung getragen worden sei. Man hatte sich also schon damals mit den ADSp als angemessener Regelung einverstanden erklärt¹⁾.

1948 veröffentlichte die Deutsche Verkehrszeitung eine Gemeinschaftserklärung der Industrie- und Handelskammern der Bizone und der Arbeitsgemeinschaft Spedition und Lagerei, daß beide Verbände die ADSp nach wie vor als Handelsbrauch ansähen²⁾. Diese Erklärung ist am 4.12.1953 vom Deutschen Industrie- und Handelstag, der Verla- derseite, ohne Beteiligung des Spediteurverbandes wiederholt worden³⁾.

Ein wichtiges Argument ist weiterhin die Häufigkeit, mit der viele Kunden ausdrücklich die Speditionsversicherung verbieten (§ 6 SVS) und mit der minimalen Haftung des Spediteurs nach den §§ 51 ff. ADSp vorlieb nehmen. Schließlich geht die Billigung aus dem einschlägigen Großkommentar zu den ADSp hervor, bei dem ein Jurist der

1) § 51 Anm. 4 S. 65

2) Deutsche Verkehrszeitung 1948 Heft 1

3) Im Wortlaut abgedruckt bei Hald S. 523

Verladerseite¹⁾ mitgewirkt hat. Auch S c h w a r t z hat neuerdings wieder betont, daß die ADSp und der SVS/RVS das Durchschnittsinteresse der versendenden Wirtschaft berücksichtigen²⁾.

Die ADSp werden also nicht nur von den Speditoren, sondern auch von der verladenden Wirtschaft anerkannt. R a i s e r nimmt an³⁾, daß die Verweisung auf die ADSp bei Großbetrieben⁴⁾ üblich sei und von einem Geltungswillen getragen wird.

Ganz allgemein warnt R a i s e r allerdings vor der leichtfertigen Anerkennung loser Verbindungen von Verbänden als "Gesamtgruppe"⁵⁾, und zwar aus dreierlei Gründen. Er meint, die Gesamtgruppe zerfiele leicht. Ob das hier zutrifft, ist unbeachtlich, solange die Gruppensanktion, wie soeben nachgewiesen wurde, fortbesteht. Ferner befürchtet R a i s e r die Konkurrenz zur staatlichen Gesetzgebung. Diese Gefahr ist nicht gegeben, da die ADSp hier nur stückweise - im Gegensatz zu R a i s e r 's Ansicht⁶⁾ zur ergänzenden Auslegung im Rahmen des § 157 BGB herangezogen werden. Schließlich glaubt er, daß keine Garantie dafür gegeben sei, daß in der Gesamtgruppe die Interessen der verschiedenen Teilgruppen einen gerechten Interessenausgleich gefunden hätten.

1) Dr. E. Hay, Geschäftsführer der Verkehrsabteilung des Bundesverbandes der Deutschen Industrie, vgl. Besprechung im Schutzumschlag des Kommentars von Krien/Hay

2) ZHR 125 (1963) 270

3) S. 209

4) Diese Einschränkung ist heute überholt

5) S. 87

6) welcher die normierte Verweisung und damit die Geltung aller Regeln der AGB annimmt

Das trifft in geringem Maße zu, denn die ADSp begünstigen trotz allem den Spediteur¹⁾. Diese Bedrohung eines gerechten Ausgleichs wird jedoch dadurch gemildert, daß nach der hier vertretenen Ansicht Treu und Glauben (§ 157 BGB) als Sieb fungieren.

2) Die Motive

Ob die Billigung der verladenden Wirtschaft damit zusammenhängt, daß sie selbst zum Teil ihren Kunden gegenüber viel schärfere Bedingungen anwendet, mag dahingestellt bleiben. Das Motiv für die Gruppensanktion ist gleichgültig.

Das gilt auch für die Spediteurseite. Man kann insbesondere nicht sagen, der Geltungswille fehle für einzelne Bestimmungen der ADSp, weil der Spediteur die Einzelklausel nicht nach freier Überzeugung, sondern unter einem "gewissen psychologischen Zwang"²⁾ vereinbare, nämlich nur deshalb, weil er fürchte, er könne sich sonst nicht auf die ADSp berufen. Diese Ansicht ist für § 41c ADSp vertreten worden, der bestimmt, daß der Spediteur die ADSp nicht verwenden dürfe, wenn er nicht den SVS gezeichnet habe. Die Motivation des Geltungswillens ist nicht entscheidend³⁾. Wichtig ist nur, die Regel außer Anwendung zu setzen, sie nicht mehr zu üben. Das ist von einem Teil der Spediteure auch gemacht worden, ohne daß jedoch, wie gesagt, die allgemeine Übung darunter gelitten hätte.

1) vgl. z.B. § 32 ADSp (partiellles Aufrechnungsverbot für den Kunden), § 5 B SVS (de facto: Transportversicherungspflicht)

2) Bussmann WuW 55, 280

3) Ein Spediteurverband darf wegen § 1 GWB keine bestimmte Speditionsversicherung empfehlen

3) Die §§ 39a, 41c ADSP

Der Geltungswille umfaßt auch die §§ 39a, 41c ADSP. Der Meinungsstreit über die Frage, ob die genannten Vorschriften noch Bestandteil der ADSP oder durch die Entwicklung der Verhältnisse gegenstandslos geworden sind, wird vorwiegend in der juristischen Literatur ausgetragen. Die Praxis ist davon noch weitgehend unberührt. Sie sieht den SVS/RVS noch weiterhin als Bestandteil der ADSP an. Die Auseinandersetzungen in der Rechtslehre könnten daher allenfalls der Bildung einer Rechtsüberzeugung entgegenstehen. Eine gewohnheitsrechtliche Geltung wird aber hier nicht behauptet, sondern lediglich die Billigung durch die an dem Handelsbrauch Beteiligten¹⁾.

Daß die Verbindung zwischen ADSP und SVS/RVS auch für den einzelnen Auftraggeber vorteilhaft sei, hat **S c h w a r t z** neuerdings überzeugend nachgewiesen²⁾. Daher muß auch der Geltungswillen der Verladerseite angenommen werden. **S c h w a r t z** legt im einzelnen dar, daß die vom Auftraggeber zu bezahlende Versicherungsprämie nur dann niedrig bleiben könne, wenn das Prämienaufkommen bei einer Versicherergruppe konzentriert sei. Vorteile für den Verlader ergäben sich ferner daraus, daß er sicher sein könne, daß ein Wettbewerb unter mehreren Versicherern um die Gunst der Spediteure nicht auf seinem Rücken ausgetragen werde.

-
- 1) Ob es wünschenswert ist, daß die ADSP nur zusammen mit dem SVS/RVS Handelsbrauch sind, ist eine andere Frage.
 - 2) ZHR 125 (1963) 258; ähnlich bereits **Colditz** NJW 1962, 1093, **Hootz** S. 19 ff.

4) Der Einwand L u k e s'

Etwas unscharf, aber doch die Wurzel der Einwände gegen die Geltung von Geschäftsbedingungen als Handelsbrauch treffend, formuliert L u k e s¹⁾: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden zwar von dem Unternehmer, "nicht aber von den anderen Rechtsgenossen, die im jeweiligen Wirtschaftsbereich tätig sind, als das allgemein Übliche, eben als Sitte angesehen. Weil die Geschäftsbedingungen gerade die Rechtsposition der Rechtsgenossen verschlechtern ... wird sich bei diesen Rechtsgenossen die Vorstellung der allgemeinen Üblichkeit nicht mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbinden"²⁾. Dahinter steht die Befürchtung, der Kunde könne erheblich benachteiligt werden, wenn man Geschäftsbedingungen als Handelsbrauch behandelt. L u k e s übersieht aber, daß handelsübliche Geschäftsbedingungen ohne vereinbarung allenfalls im Rahmen des § 157 BGB wirksam sind, also nachdem geprüft wurde, ob sie Treu und Glauben entsprechen. Außerdem kann unterstellt werden, daß grob unbillige Bedingungen sowieso nicht vom Geltungswillen der Gruppe erfaßt werden und damit von vornherein nicht Inhalt des Handelsbrauches geworden sind.

III. Der Geltungsbereich

Nachdem die allgemeine Übung und Anerkennung der ADSp dargelegt worden sind, sollen die Grenzen des Kreises

1) JuS 1961, 304

2) Die Ungenauigkeit liegt darin, daß Lukes nicht zwischen der objektiven Tatsache der Üblichkeit und dem subjektiven Erfordernis des Geltungswillens unterscheidet.

festgestellt werden, in dem die ADSp als Verkehrs-
sitte oder Handelsbrauch gelten.

Der Geltungsbereich der Verkehrssitte entspricht dem
Raum, in dem sie gebilligt wird. Deshalb liegt es
nahe, mit R a i s e r¹⁾ zunächst die soziologischen
Gruppen zu nennen, deren Verbände die Geschäftsbedin-
gungen - hier die ADSp - geschaffen und eingeführt
haben; es sind die Industriellen, die Groß- und Ein-
zelhändler und natürlich die Spediteure²⁾ selbst. Eine
derartige Verallgemeinerung würde einzelne Angehörige
dieser soziologischen Gruppen jedoch hart treffen.
Kann man wirklich voraussetzen, daß ein Dorfkrämer
"als Einzelhändler" die ADSp übt? Die Eigenschaft, ei-
nen Kleinhandel zu betreiben, ist also nur ein Anzei-
chen für die Zugehörigkeit.

Andererseits ist es unbillig, die Güterfernverkehrs-
unternehmer, die Schiffsmakler, die großen landwirt-
schaftlichen Genossenschaften usw. nur deshalb aus dem
Geltungsbereich der ADSp herauszulassen, weil sie an
ihrer Aufstellung nicht beteiligt waren. Die Mitwir-
kung bei der letzten großen gemeinsamen Bearbeitung
der ADSp in den Jahren 1929 und 1930 ist daher nicht
ausschlaggebend.

Kriterium der Zugehörigkeit zu dem "Kreis der die ADSp
Übenden" kann nur sein, ob der Kunde zur Verlader-
schaft, das heißt zum Kreis der typischen Auftraggeber
von Spediteuren gehört. Äußere Anzeichen dafür können
sein

1) S. 80 ff.

2) Die weiterhin 1929/30 beteiligten Verbände (Ban-
kiersverband und Dt. Versicherungsschutzverband)
interessieren hier nicht, da sie nicht als Auftrags-
geber in Frage kommen

- die Häufigkeit des Kontaktes mit Spediteuren. Sie ist nicht gegeben bei vielen Minderkaufleuten, bei Privaten, bei Apothekern usw.,
- die Art des Berufes, das heißt, ob es sich um Verkehrs-, Handels- oder Industriebetriebe handelt,
- das mag paradox klingen - auch die Kenntnis der ADSp, und zwar deshalb, weil die Träger der Verkehrssitte grundsätzlich auch diejenigen sind, die den Geltungswillen haben müssen.

Es geht nicht an, daß jemand etwas (als Verkehrssitte) anerkennt, von dessen Existenz oder Inhalt er nichts weiß. Daraus folgt ferner, daß die Kenntnis nicht nur die Üblichkeit der ADSp, sondern auch wenigstens die Grundzüge ihrer Regelung, etwa den Zusammenhang von ADSp und Speditionsversicherung umfassen muß. Da das Wissen von dem Bestehen und dem Inhalt der Verkehrssitte innerhalb ihres Geltungsbereichs von jedem Angehörigen unwiderleglich vermutet wird, ist es nicht möglich, unter Berufung auf diese Vermutung Regeln zu Bräuchen zu stempeln, die außer den Spediteuren und den SVS-Versicherern niemand inhaltlich kennt. Die Formel, daß die Kenntnis des Brauches unerheblich sei, darf also nicht strapaziert werden. Es sei aber nochmals betont, daß die Kenntnis vom Bestehen und vom Inhalt der ADSp nicht die Voraussetzung für die Anwendung der ADSp als Verkehrssitte oder Handelsbrauch ist. Sie ist nur ein Indiz für die Zugehörigkeit zum Kreis der Verlager.

Sofern ein Nichtkaufmann als typischer Auftraggeber¹⁾ von Spediteuren angesehen werden kann, wie zum Beispiel ein Revueunternehmer oder ein Filmproduzent, gehört er dem Kreis an, der die ADSP übt. Die ADSP sind insoweit also auch Verkehrssitte. Daß ursprüngliche Handelsbräuche im Laufe der Zeit verkehrssüblich, das heißt auf Nichtkaufleute anwendbar werden können, ist allgemein anerkannt²⁾. Dabei entsteht genau genommen keine Verkehrssitte, sondern der Geltungsbereich des Handelsbrauches erweitert sich, er wächst. Der Handelsbrauch bleibt erhalten. Er wird vom Privatmann deshalb als Handelsbrauch und nicht als Verkehrssitte gebilligt.

Aus diesem Grunde braucht man nicht nach der Zustimmung aller Privatleute zu fragen³⁾. Sie ist keineswegs vorhanden. Sie ist aber auch gar nicht notwendig, da die ADSP im Rahmen des § 157 BGB eben nur gegenüber demjenigen anzuwenden sind, der ihrem Geltungsbereich angehört. Ist die Zugehörigkeit vorhanden, gilt die Sitte. Dabei wird nicht gefragt, ob andere Personen, die dem gleichen Beruf nachgehen, ebenfalls der Sitte unterworfen sind. Daher brauchen

-
- 1) Das Geschäft mit Privaten war nicht einmal in der Nachkriegszeit bedeutend (Schmid-Lossberg MDR 1949, 609). Heute handelt es sich im wesentlichen um Umzugsgut von Auswanderern, Missionsgut, Theater-, Sportwettkampf- und Expeditionsmaterial
 - 2) BGH VRS 11, 123 ff., BGH NJW 1952, 257; Baumbauh-Duden § 346 Anm. 1B
 - 3) So Möller BB 1962, 396 Note 18, der offen läßt, ob die ADSP Verkehrssitte seien, weil die Zustimmung aller Beteiligten zweifelhaft sei.

nicht alle Privatleute die ADSp zu billigen, die generelle Zustimmung eines Teils der Rechtsgenossen - mögen sie Privat- oder Kaufleute sein - reicht aus.

Handelsbrauch und Verkehrssitte unterscheiden sich, wenn man auf die Zugehörigkeit sieht, nicht wesentlich voneinander. Es kann Verkehrssitten geben, die nur wenige Kaufleute befolgen, wie es umgekehrt Handelssitten geben kann, die auch für einzelne Private gelten. Man könnte daher die herkömmliche Unterscheidung von Handels- und Verkehrssitte nach dem Anwendungsbereich (hier die Privatleute - dort die Kaufmannschaft) aufgeben und statt dessen nach der Entstehung in Kaufmannskreisen oder im privaten Verkehr differenzieren. Da aber mit dieser Neuerung wenig gewonnen wäre, soll die bewährte Definition in dieser Arbeit beibehalten werden, allerdings vereinfachend von den ADSp als Handelsbrauch und nicht von den ADSp "als Handelsbrauch und Verkehrssitte" gesprochen werden¹⁾.

Die hier vorgeschlagene Abgrenzung des Anwendungsbereichs von Handelsbräuchen mit Hilfe des Merkmals der Zugehörigkeit vermeidet auch die Unsicherheit, die Möller und andere mit der Abgrenzung durch das Begriffspaar Treu und Glauben zu erreichen versuchen²⁾. Der Kunde darf nach ihrer Ansicht nicht mit den handelsüblichen AGB "treuwidrig überrumpelt" werden³⁾. Dieser Gedanke würde mit seinem Abstellen auf das Rechtsgefühl unnötige Unschärfen in die Materie bringen.

1) Das entspricht auch der Bedeutung der ADSp in der Praxis, die sich nur selten mit Aufträgen Privater befaßt

2) Möller BB 62, 395; Raiser S. 162 ff., Esser S. 41

3) so Möller BB 62, 395 rSp.

Treu und Glauben haben bei Handelsbräuchen nur die Aufgabe, einzelne unbillige Handelssitten unanwendbar zu machen, das heißt, zu Mißbräuchen zu stempeln. Andere Funktionen kommen ihnen bei der Vertragsergänzung nicht zu.

Dritten gegenüber sind die ADSp als Handelsbrauch nicht anzuwenden, da die Verkehrssitte und der Handelsbrauch nur zur Ergänzung von Verträgen herangezogen werden können. Mit dem Empfänger der Ware steht der Spediteur regelmäßig nicht in Vertragsbeziehungen, er muß deshalb die ADSp eindeutig vereinbaren, wenn sie gelten sollen¹⁾.

Die ADSp sind also auch ohne Vereinbarung in dem hier umrissenen Kreis von Kaufleuten und Nichtkaufleuten wirksam. Sie sind im Einzelfall im Wege der Vertragsergänzung über § 157 BGB unter Berücksichtigung von Treu und Glauben anzuwenden.

IV. Einwendungen gegen die Verkehrs- und Handelsüblichkeit der ADSp

1) Die Entstehungsprozedur

Gegen die Geltung der ADSp als Handelsbrauch wendet S c h m i d t - T o p h o f f²⁾ ein, sie seien erst nach langwierigen Verhandlungen und erst nach dreimaliger Lesung entstanden. Die Tatsache läßt sich nicht bestreiten³⁾. Aber S c h m i d t - T o p h o f f meint zu Unrecht, ein Handels-

1) Mit anderer Begründung ebenso BGH BB 1959, 826

2) MDR 61, 187

3) vgl. Krien/Hay S. 16

brauch müsse "natürlich gewachsen"¹⁾, und dürfe nicht künstlich geschaffen, kodifiziert sein. Dieses Erfordernis gehört jedoch nicht zum Begriff des Handelsbrauches. Ein Tatbestand des Gemeinlebens ist Brauch, sobald er durch kollektive Befolgung in Übung kommt; erst die weitere Prüfung ergibt, ob er rechtlich beachtlich oder ein Mißbrauch ist; als Mißbrauch ist er nicht schon deshalb zu qualifizieren, weil er rational geschaffen ist²⁾. Handelsbräuche bildeten sich in früheren Zeiten auch, wenn sich die Kaufleute einer bestimmten Branche auf einheitliche Konditionen geeinigt hatten; sofern sie die Abmachung allgemein einhielten und billigten, wurde sie Handels-sitte.

Unwesentlich ist ferner, daß nicht Individuen, sondern Verbände die allgemeine Übung herbeigeführt haben. Wenn schon durch ständige Wiederholung von Einzelabreden Verkehrsregeln geschaffen werden können, muß das erst recht durch Verbandsvereinbarungen möglich sein, die ja von vornherein auf eine Vielzahl von Einzelverträgen berechnet sind³⁾. S c h m i d t - T o p h o f f kann deshalb nicht gefolgt werden.

2) Die Zahl der Aufsteller

Ein ähnliches Argument trägt L u k e s⁴⁾ vor: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen könnten keine Verkehrssitte sein, da sie von einem Einzelnen oder einem Verbandssyndikus hergestellt und nicht aus

1) so Schreiber S.44

2) David S.58, ähnlich Huber I S.365

3) darauf weist treffend Hueck JhJb 73, 103 hin

4) Kartellvertrag S.27

der allgemeinen Gewohnheit, dem Herkommen entstanden seien. Daß die Zahl der Aufsteller unerheblich ist, zeigt ein Blick auf den Ursprung eines Gewohnheitsrechtes: Ein Einzelner fängt an, stets eine Wiese neben dem Bahnhof zu überqueren; ihm folgen bald andere, bis ein richtiger Weg entstanden ist. Natürlich dauert es lange, bis daraus ein Recht abgeleitet werden kann. Wieviele die Übung begannen, ist dann unerheblich.

3) Der Umfang

Häufig wird eingewandt, die ADSp könnten wegen ihres Umfanges von 65 Paragraphen mit zwei - nochmals 24 Paragraphen enthaltenden - Anlagen (SVS/RVS) niemals einen Handelsbrauch bilden¹⁾. Die Anzahl der Regeln braucht aber nicht zu verwirren. In ihr spiegelt sich nur die Vielfalt des Speditionsgewerbes wider, das nicht nur mit fünf verschiedenen Verkehrsträgern zusammenarbeitet, sondern auch mit einer Vielfalt von Verladern und praktisch allen Güterarten befaßt ist. Außerdem beschäftigen sich die Spediteure auch mit Lagerei, Rollfuhr, Versicherungsvermittlung und Bankabwicklung. Daher ist auch das Argument nicht richtig, daß unmöglich alle Klauseln der ADSp verkehrsüblich sein könnten²⁾. Man muß hier bedenken, daß nicht bei jedem Auftrag alle Regeln Anwendung finden, zum Beispiel bei einem Binnenschiffs-transport nicht die Regeln über die Rollfuhr oder über Wertsendungen. Das ändert aber nichts daran, daß diese Regeln, insgesamt gesehen, üblich sind.

1) Ratz § 407 Anm.28 c; Schmidt-Tophoff MDR 61, 187

2) Bindels BB 58, 18; allgemein für AGB Krause S.267, Schreiber S.45, Sieg S.987

K r i e n und H a y¹⁾ versuchen den Einwand, daß die ADSp zu umfangreich seien, mit dem Hinweis darauf zu entkräften, daß von den 65 Klauseln der ADSp der weitaus überwiegende Teil 1924 als Handelsbrauch von der Berliner Handelskammer anerkannt worden sei. Dieser Hinweis vermag jedoch nicht mehr vollständig zu überzeugen, wenn man bei S c h r e i b e r gelesen hat, wie sorglos damals²⁾ Handelskammern Geschäftsbedingungen als Handelsbräuche "feststellten". Viele Regeln waren also nicht von einem Geltungswillen getragen. Erst die Einführung der Speditions-Versicherung im Jahre 1927 verschaffte ihnen den notwendigen Rückhalt in der Verladerschaft, so daß erst von dieser Zeit an von einer widerspruchsfreien Hin- nahme der Spediteurbedingungen gesprochen werden kann.

4) Die Sprache und die Fixierung

Hinter dem Argument von M e t z³⁾, die ADSp könnten kein Handelsbrauch sein, weil sie von Juristen geschaffen und in umfangreichen Kommentaren erläutert worden seien, steckt die Unterstellung, Handelsbräuche brauchten nicht exakt formuliert zu sein. Ein Blick auf die Incoterms⁴⁾ zeigt, daß die

1) § 2 Anm. 6

2) Heute gelten weit strengere Maßstäbe (vgl. das Merkblatt für die Feststellung von Handelsbräuchen, herausgegeben vom Deutschen Industrie- und Handelstag - ohne Jahresangabe -).

3) S. 42

4) International Commercial Terms, 1936 aufgestellt von der Internationalen Handelskammer, 1953 revidiert (abgedruckt bei Baumbach-Duden Anh.I nach § 382). Sie enthalten Musterdefinitionen (Beyer RiW 1954, 20; Eisemann RiW 1954, 116) der handelsüblichen Verschiffungsklauseln fob, cif, cifici usw.

Behandlung von Handelsbräuchen durch Juristen ihre Beliebtheit in Kaufmannskreisen keineswegs beeinträchtigt, sondern sogar noch gefördert hat. R a i s e r weist treffend darauf hin, daß es dem Unternehmer nicht verwehrt sein dürfe, sich zur Regelung schwieriger Vertragsverhältnisse im Einzelfall wie auch bei den Geschäftsbedingungen juristischer Technik zu bedienen¹⁾.

S c h r e i b e r²⁾ meint, die schriftliche Fixierung von Handelsbräuchen widerspreche ihrem Wesen. Sie dürfen nach seiner Ansicht nicht erstarren und den Fluß der sich ständig wandelnden Gewohnheiten aufhalten. Er übersieht dabei jedoch die sehr erheblichen Vorteile der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, die durch die Kodifizierung erreicht werden.

Die Einwendungen gegen die Handelsüblichkeit der ADS halten also einer Kritik nicht Stand.

V. Die Beweislast

Wer das Bestehen eines Handelsbrauches oder einer Verkehrssitte behauptet, muß es auch beweisen³⁾. Für verkehrsüblich gewordene Geschäftsbedingungen gilt insoweit nichts Besonderes. Diese Feststellung stimmt im übrigen mit der Beweislastverteilung bei der Vereinbarung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen überein. Auch

1) S. 176

2) S. 40, ebenso Metz S. 43

3) BGH 29.11.1961 JZ 1963, 169; BGH 28.5.1956 LM zu § 346 HGB (F); Baumbach-Duden § 346 Anm. 2 B; Möller Verhandl. E 39

dort muß derjenige die Wirksamkeit der Abrede beweisen, der sich auf sie beruft. Soweit der Grundsatz.

Für die ADSp bestehen jedoch einige Besonderheiten deshalb, weil die allgemeine Übung und der Geltungswille für alle Klauseln allgemein bekannt sind. Damit entfällt die Beweisbedürftigkeit (§ 291 ZPO). Vielmehr muß der Kunde beweisen, daß die Bestimmung der ADSp, auf die es im Prozeß gerade ankommt, nicht mehr handelsüblich, außer Anwendung gekommen ist¹⁾.

Anders ist es bei dem dritten Wesensmerkmal, der Zugehörigkeit zur Verladerschaft. Dafür, daß ein Kaufmann zu diesem Kreis gehört, spricht der Beweis des ersten Anscheins, falls er schon öfter mit einem Spediteur Geschäfte abgeschlossen hat²⁾. Das muß der Spediteur nachweisen. Gelingt ihm dieser Nachweis, hat der Auftraggeber substantiiert darzulegen, weshalb gerade er nicht zu den typischen Auftraggebern von Spediteuren gehört. Die Beweislast trifft dann, wenn die Behauptungen überzeugend erscheinen³⁾, den Spediteur. Er tut deshalb gut daran, die ADSp bei dem Vertragsabschluß mit Personen, die nicht eindeutig als typische Verlader erkennbar sind, ausdrücklich zu vereinbaren. Dieselbe Situation besteht aber auch nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts-

-
- 1) Dieser Nachweis wäre durch eine Auskunft der zuständigen Handelskammer zu erbringen
 - 2) Das gilt nur im Inland; Ausländer sind anders zu behandeln, vgl. die Aufzählung evtl. beweis erheblicher Umstände unten S.123 ff.
 - 3) Hier sind hohe Anforderungen zu stellen, da der Spediteur die Versandpraxis des Auftraggebers regelmäßig nicht genau kennt

hofes; der Spediteur muß dort im Zweifel beweisen, daß der Kunde die ADSp kannte oder kennen mußte. Die Handelsüblichkeit der ADSp ändert also an der Beweislast nichts¹⁾.

D) Vergleich mit der Lösung des Bundesgerichtshofes und Zusammenfassung

Eine Gegenüberstellung der hier vertretenen Ansicht mit der des Bundesgerichtshofes soll den Unterschied der Lösungswege aufzeigen. Der Bundesgerichtshof fingiert die (Unterwerfungs-) Willenserklärung, wenn der Kunde damit rechnete oder rechnen mußte, daß der Unternehmer Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet. Er stellt also scheinbar auf subjektive Momente ab, nähert sich aber dadurch dem hier vorgeschlagenen objektiven Gesichtspunkt der "Zugehörigkeit zum Bereich der Verkehrssitte", daß er nach dem Berufskreis des Kunden fragt²⁾. So meint er im Urteil vom 3.2.1953³⁾, für die Frage, ob der Kunde von der Existenz der Geschäftsbedingungen wußte oder wissen mußte, sei von Bedeutung, welche Anforderungen an die Lebens- und Geschäftserfahrung des Klägers unter Berücksichtigung seines "Berufskreises" gestellt werden könne⁴⁾.

Hinter der subjektiven Generalklausel vom "Kennen oder Kennenmüssen" steckt also das rein objektive Merkmal der Zugehörigkeit zum Geltungsbereich des Handelsbrauches⁵⁾.

1) anders (ohne Gründe) Möller Verhandl. DJT E 39,

2) vgl. Guthke S.84 ff.

3) BGH 9, 1 ff. 6 (Möbelhändler braucht Möbellagerbedingungen nicht zu kennen)

4) Ebenso BGH 12, 139 (ein Spediteur müsse die KVO kennen), BGH 12, 142 (ein Schrotthändler müsse die ADSp kennen), BGH 2.10.58 VersR 1958, 189 (die ADSp müsse kennen, wer in seinem Geschäftsbetrieb mit dem Speditionsgewerbe in Berührung kommt)

5) Möller Verhandl. DJT E 39, Guthke S.85

Nur ist sich die Rechtsprechung dessen nicht bewußt. Man sollte deshalb von einer weiteren Verwendung der Formel absehen, um Irrtümer zu vermeiden¹⁾ und nur noch fragen, ob der Kunde dem Kreis angehört, auf den sich der Brauch erstreckt. Wird diese Frage bejaht, so mußte der Kunde eben die Existenz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in diesem Bereich kennen.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß der Bundesgerichtshof im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht weder fordert, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen weitverbreitet (üblich) sein müssen, noch, daß die Übung von einem Geltungswillen getragen sein muß. Diese beiden weiteren objektiven Voraussetzungen müssen jedoch erfüllt sein, wenn man Allgemeine Geschäftsbedingungen ohne Vereinbarung anwenden will.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß die ADSP gegenüber Inländern kraft ausdrücklicher oder stillschweiger Vereinbarung oder als Handelsbrauch gelten. Die konkludente Vereinbarung der ADSP kann nicht ohne weiteres aus dem Kennen oder Kennenmüssen der Üblichkeit der ADSP gefolgert werden; bei der Prüfung, ob die ADSP durch schlüssige Handlung Vertragsinhalt geworden sind, müssen strenge Maßstäbe angelegt werden.

Sind die ADSP nicht vereinbart worden, können einzelne ihrer Bestimmungen als Handels- oder Verkehrssitte zur vertragsergänzung gemäß § 157 BGB herangezogen werden, sofern sie keine Mißbräuche darstellen. Außerdem muß der Kunde, dem gegenüber die ADSP angewendet werden sollen, zum Kreis der typischen Verlager gehören. Dieser Geltungsbereich der ADSP umfaßt auch einzelne Privatleute.

1) So auch Möller (vorige Note)

Auf die Kenntnis oder die fahrlässige Unkenntnis vom Bestehen der handels- und verkehrsüblichen Regeln der ADSp kommt es nicht an. Grundsätzlich alle Einzelbedingungen der ADSp sind Handelssitte und werden als solche anerkannt. Diese Tatsache ist gemäß § 291 ZPO nicht beweisbedürftig. Der Kunde kann jedoch den Gegenbeweis erbringen. Der Spediteur muß im wesentlichen dartun, daß der Kunde zur Verladerschaft gehört.

Nunmehr soll dargestellt werden, wie die ADSp gegenüber Ausländern gelten. Dabei kann nur dann deutsches Recht zugrunde gelegt werden, wenn dies nach den Regeln des Internationalen Privatrechts maßgebend ist. Deshalb müssen zuvor die Grundzüge des deutschen Kollisionsrechts, soweit es hier interessiert, aufgezeigt werden. Über das Internationale Schuldrecht sind neuerdings umfangreiche Abhandlungen erschienen, so daß eine eingehende Darstellung nicht notwendig ist.

Teil II

Die Verträge des Spediteurs im Internationalen Privatrecht

A) Der Anwendungsbereich des Kollisionsrechts

Internationale Speditionsverträge können - solange der UNIDROIT-Entwurf für ein Speditionsvertragsabkommen nicht Gesetz ist - wegen des Fehlens verbindlicher überstaatlicher Rechtssätze grundsätzlich nach verschiedenen nationalen Rechtsordnungen beurteilt werden. Welche von ihnen den Vertrag beherrscht, entscheidet sich nach den Regeln des Internationalen Privatrechts, des sogenannten Kollisionsrechts. Auch hier gibt es noch kein überstaatliches Recht¹⁾, so daß von deutschen Gerichten, Behörden usw. deutsches Internationales Privatrecht angewendet werden muß.

Ein Sachverhalt ist in diesem Sinne international, wenn ein Teil seines Umfangs in irgendeinem Punkte nicht der Personal- oder Gebietshoheit eines einzigen Staates unterliegt, sei es, daß einer der Vertragspartner nicht die Staatsangehörigkeit dieses Landes besitzt, sei es, daß der Tatbestand über die Grenzen hinaus wirkt²⁾. Ein Speditionsvertrag wird daher dann zunächst nach international-privatrechtlichen Regeln behandelt, wenn er zwischen einem deutschen und einem ausländischen Staatsangehörigen abgeschlossen worden ist oder wenn er einen Transport aus dem Ausland oder

1) Der UNIDROIT-Entwurf enthält eine Kollisionsregel, vgl. unten S.84

2) Widmer S. 13

in das Ausland betrifft¹⁾. Wenn zwei Deutsche einen Transport von Gütern in das Ausland vereinbaren, wird allerdings meist deutsches Recht anzuwenden sein, weil es nicht üblich ist, einen solchen Vertrag einem fremden Recht zu unterstellen²⁾. Ebenso gilt deutsches Recht für Verträge zwischen Deutschen und inländischen Filialen ausländischer Unternehmen, wenn die Verträge vollständig im Inland abgewickelt werden³⁾. Hier fehlt es an einem internationalen Tatbestand.

B) Das Vertragsstatut

I. Die Rechtsgrundlage

Für obligatorische Verträge, zu denen die Verträge des Spediteurs zählen, ist das Prinzip der Rechtswahlfreiheit der Parteien maßgebend. Die Kontrahenten eines Vertrages haben es in der Hand zu bestimmen, nach welcher Rechtsordnung ihr Vertrag beurteilt werden soll. Man nennt dies kurz die Parteiautonomie.

Sie ist im deutschen Internationalen Privatrecht gesetzlich nicht fixiert, sondern wurzelt im Prinzip der Vertragsfreiheit, welche als Teil der persönlichen Entfaltungsfreiheit dem Artikel 2 Grundgesetz entnommen wird.

-
- 1) Nur die 2. Alternative erfaßt Art. 1 UNIDROIT-Entwurf
 - 2) Für deutsches Recht: Kegel Anm. 202 vor Art. 7 ff. mit Nachw. in Note 74; Raape S. 487. Beide behandeln die Frage beim Hilfsstatut. Richtiger wird sie hier oder bei der Prüfung eines Mißbrauches zu stellen sein
 - 3) Bundesarbeitsgericht 9.5.1959 NJW 1959, 1702

Die Parteiautonomie wird in der deutschen Praxis und Lehre allgemein anerkannt¹⁾. Auch im Ausland erfreut sie sich größter Beliebtheit²⁾.

Ob sie bereits Gewohnheitsrecht geworden ist, wie vielfach behauptet wird³⁾, erscheint zweifelhaft. Denn an Gegnern dieser Anknüpfung fehlte es nicht⁴⁾; sie haben ihre Ansicht jedoch alle vor mehr als 30 Jahren geäußert. In der Gegenwart gibt es - soweit ersichtlich - in Deutschland keine Opponenten mehr. Auch die Rechtsprechung ist einheitlich⁵⁾. Selbst wenn aber noch vereinzelt widersprochen wird, ist die Parteiautonomie Gewohnheitsrecht geworden,⁶⁾ da

- 1) Schaps-Abraham Anm. 31 vor § 556 HGB, Haudek S. 12, Kegel Anm. 170 vor Art. 7, Lewald S. 202, Moser S. 213, Neuhaus S. 169, Nußbaum IPR S. 215, Raape S. 456, Wolff S. 139. Für das neue Zivilgesetzbuch der Ostzone ist eine entsprechende Kollisionsnorm vorgesehen, vgl. Lübchen NJ 1961, 781 ff., anders jetzt Wiemann S. 282 für Verträge Privater
- 2) Frankreich, vgl. Moser S. 55 ff. mit Nachw., Belgien, vgl. Gamillscheg S. 304 Note 9, England, vgl. Cheshire S. 215, Lorenz Vertragsabschluss passim, Schweiz, vgl. BGE 78 II 74 ff. und öfter, Moser S. 8 ff.
- 3) Niederer S. 107, Mann S. 6, Wolff S. 137 Note 2, Würdinger RGRK HGB Einl. Anm. 45, ebenso in Frankreich und in der Schweiz, vgl. Widmer S. 66, für die Schweiz zweifelnd Niederer S. 117
- 4) Lewald S. 199 f., Brändl LZ 1925 Sp. 822, Neumann S. 147, Neumeyer S. 6 und 28, Niemeyer (zitiert bei Moser S. 156)
- 5) Bereits in RG 25.2.1919 (RGZ 95, 42) wird auf eine Begründung verzichtet, vgl. auch RGZ 74, 173 (5.7.1910) und RGZ 20, 335 (21.10.1887) beide interlokal
- 6) Da eine allgemeine Übung fehlt - die Parteien machen von dem Wahlrecht wenig Gebrauch - besteht kein Handelsbrauch (anders Nußbaum Grundzüge S. 156)

es zur Annahme eines Gewohnheitsrechts nur einer allgemeinen, keiner einheitlichen Rechtsüberzeugung bedarf. Allerdings kann nur der Grundsatz der Wahlfreiheit als Rechtssatz angesehen werden, ihr Inhalt ist in mancher Hinsicht noch immer lebhaft umstritten.

Wenn die Parteien kein Recht gewählt haben, hat das Gericht den "hypothetischen Parteiwillen" festzustellen. Darunter ist, wie noch dargelegt wird, eine Vertragsergänzung nach objektiven Maßstäben zu verstehen.

Der UNIDROIT-Entwurf geht in seinem Artikel 43 von der Wahlfreiheit der Parteien aus. Sie können für die im späteren Übereinkommen nicht geregelten materiellen Fragen ein ihnen zusagendes Recht wählen. Falls sie das nicht getan haben, gilt das Recht des Lade- oder Ablieferungsortes für die mit diesen Vorgängen verbundenen Streitfragen; für alle anderen ist das Recht am Hauptsitz des Spediteurs maßgebend. Die CMR enthält nur vereinzelte Kollisionsregeln¹⁾, so daß für die in ihr nicht geregelten Punkte das maßgebliche Recht nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts zu ermitteln ist.

II. Grenzen des Vertragsstatuts

1) Die Wahl eines Kollisionsrechts

Haben die Parteien eine ausländische Rechtsordnung, etwa das brasilianische Recht für maßgeblich erklärt, erhebt sich die Frage, ob diese Verweisung nur das materielle, also das Handels- und Bürgerliche Recht

1) Art. 20 Abs. 4 (lex rei sitae für die Verwertung von Fundsachen), Art. 29 Abs. 1 (lex fori für Verschuldensbegriff), vgl. auch Art. 28 ("nach dem anzuwendenden Recht")

oder zusätzlich das brasilianische Kollisionsrecht betrifft. Praktische Bedeutung hat diese Frage deshalb, weil nach brasilianischem internationalem Privatrecht auf Verträge das Recht am Vertragsabschlußort, nicht das gewählte Recht, anzuwenden ist¹⁾.

Wenn die Parteien nun zufällig auf der Mailänder Messe kontrahiert haben, müßte der deutsche Richter - falls er die Verweisung der Parteien auf das materielle und das Kollisionsrecht bezieht²⁾ - italienisches Recht anwenden, eine Rechtsordnung, an die die Kontrahenten wahrscheinlich niemals gedacht hatten. Die Unterstellung, daß sich die Rechtswahl auch auf das Kollisionsrecht bezieht, entspricht also im Regelfall nicht dem Parteiwillen³⁾. Die Parteien wollen mit ihrer Rechtswahl Klarheit, Vorhersehbarkeit schaffen⁴⁾ und die eventuelle Rück- oder Weiterverweisung durch die internationalprivatrechtlichen Normen des gewählten Rechts vermeiden. Die Parteiautonomie ist also "renvoi-feindlich"⁵⁾.

2) Das Formstatut

Die Form des Vertragsschlusses richtet sich nach der gewählten Rechtsordnung oder der des Vertragsabschlußortes⁶⁾. Das Formstatut wird im Speditionsgeschäft mit Italien wichtig, wenn sich der betei-

1) Art. 9 Lei de Introdução ao Código Civil (1942)

2) Die lex fori hätte hier nur die Funktion, Rechtsmißbräuche zu verhindern (Haudek S. 6 f.)

3) Raape S. 70

4) Gutzwiller bei Gutzwiller-Niederer S. 50

5) Neuhaus S. 185; in der Sache ebenso BayObLG JW 1931, 3222; BGH NJW 1958, 751 obiter

6) sofern deutsches IPR anzuwenden ist (Schaps-Abraham Anm. 29 vor § 556 HGB)

ligte Spediteur auf seine Geschäftsbedingungen beruft. Im voraus festgelegte Geschäftsbedingungen müssen nach Artikel 1341 codice civile schriftlich vereinbart werden, sofern sie - wie zum Beispiel die ADSp¹⁾ zugunsten des Ausstellers Abweichungen von den gesetzlichen Leistungspflichten enthalten. Daher muß ein deutsches Gericht, wenn es nach deutschem Internationalen Privatrecht italienisches materielles Recht für anwendbar hält, nach ihm als der für die Formvorschriften maßgebenden Rechtsordnung alle nicht schriftlich vereinbarten Geschäftsbedingungen für nichtig erklären. Diese Folge tritt nur dann nicht ein, wenn der Ort des Vertragsabschlusses in Deutschland liegt²⁾. Das wird nicht oft der Fall sein. Auf die ADSp kann sich ein deutscher Spediteur gegenüber Italienern also regelmäßig nur dann berufen, wenn deutsches Recht vereinbart wurde oder dem hypothetischen Parteiwillen entspricht.

3) Das Sach- und Deliktsstatut

Die Parteiautonomie erstreckt sich nur auf die vertraglichen Rechtsbeziehungen der Parteien. Andere obligatorische Ansprüche, vor allem die auf deliktischen Handlungen beruhenden und die dinglichen Rechtsbeziehungen werden besonders angeknüpft. Für Delikte gilt in der Regel das Recht des Handlungsortes³⁾, für das Sachenrecht die *lex rei sitae*⁴⁾.

1) vgl. §§ 5, 9 SVS usw.

2) Der Vertragsabschlußort wird als deutscher IPR-Begriff nach deutschem Recht qualifiziert, wie, ist streitig (vgl. Kegel Art. 11 Anm. 8, Wolff S. 127)

3) Das folgt aus Art. 12 EGBGB und ist in Deutschland herrschende Ansicht (RG 140, 25 u.ö., Wolff S. 166, Raape S. 571), für den Ostzonenentwurf ebenso Wiemann S. 282

4) RG 103, 30 ff., Raape S. 566, Palandt Anm. 2 vor Art. 12, auch Wiemann S. 281

4) Das "Vertragsabschlußstatut" und die Rechtswahlabrede

Von Niboyet¹⁾ und anderen²⁾ wird die Möglichkeit der Rechtswahl auf die Vertragswirkungen beschränkt, so daß die Parteien die Rechtsordnung, die über das Zustandekommen des Vertrages entscheidet, nicht frei wählen können. Die Normen über den Vertragsabschluß sollen vielmehr entweder der lex fori³⁾ oder dem Wohnsitzrecht der Kontrahenten⁴⁾ bzw. eines von ihnen⁵⁾ oder dem Recht am Vertragsabschlußort⁶⁾ entnommen werden. Diese Ansichten führen dazu, daß der Vertrag unter Umständen nach zwei verschiedenen Rechtsordnungen untersucht werden muß: Nach dem für das Zustandekommen maßgeblichen Recht und nach dem für die Wirkungen gewählten Recht. Dadurch wird das einheitliche Vertragsganze gespalten. Diese Aufteilung des Vertrages unter zwei Rechtsordnungen wird von der deutschen Rechtslehre und -praxis sowie auch von den Teilnehmern der 7. Haager Konferenz⁷⁾ mit Recht überwiegend abgelehnt.⁸⁾

1) Pillet/Niboyet Manuel S. 794 No. 686

2) s. die folgenden 4 Noten

3) Niboyet aaO, Haudek S. 91 ff.

4) Ferid Abschluß S. 24, 25

5) Lorenz Konsensprobleme S. 212 ff.

6) So das Restatement of Conflict of Laws sec. 332 und die Lehre in den USA (vgl. Ferid Abschluß S. 16), früher auch das Schweizer Bundesgericht, vgl. BGE Bd. 32 II 415

7) vgl. Lorenz Konsensprobleme S. 194

8) Kegel Stud.Buch S. 229, Moser S. 213 ff., Nußbaum Grundzüge S. 170, IPR S. 238, Raape S. 470 f., OLG München 15.7.1954 IPRspr. 54/55 Nr. 18, BGH 29.11.1961 AWD 1962, 52. - Ebenso die h.M. Englands (vgl. Lorenz Vertragsabschluss S. 149, neuerdings auch Cheshire S. 234 Note 1) und der Schweiz (vgl. Stauffer Lewald-Fschr. 1954 S. 395)

Die Parteien bestimmen mit dem gewählten Recht auch die für das Zustandekommen maßgebende Rechtsordnung¹⁾.

Eng verwandt mit dieser Frage ist das Problem, nach welchen Regeln die Gültigkeit der Rechtswahlklausel zu prüfen ist. Als Vertragsbestandteil²⁾ müßte man ihre Wirksamkeit nach dem soeben Gesagten an den Normen der gewählten Rechtsordnung messen. Dabei würde aber übersehen werden, daß die Frage, ob die Parteien von ihrer Wahlfreiheit rechtswirksam Gebrauch gemacht haben, nicht materiell-rechtlich, sondern kollisionsrechtlicher Natur ist³⁾. Sie muß daher nach den für die Auslegung (Qualifikation) der Kollisionsnormen entwickelten Regeln beantwortet werden.

Die h.M. qualifiziert nach der *lex fori*⁴⁾. Eine Gegenmeinung will zur Qualifikation das Wirkungsstatut, die *lex causae*, verwenden⁵⁾. In dem praktisch wichtigsten Fall, daß Unklarheiten über die Gültigkeit der Rechts-

-
- 1) Außer dem Statut der Rechts- und Geschäftsfähigkeit (Art. 7 EGBGB).
 - 2) Auch das ist bestritten, vgl. Niederer S. 196 f.
 - 3) Moser S. 236, Raape S. 467
 - 4) Lewald S. 96, Raape S. 102, Schnitzer Bd.I S. 98, Melchior S. 117, Palandt Anm. 11 vor Art.7, BGH 9.6.1960 LM 13 zu Art. 7 EGBGB, Neuhaus S.74, Nußbaum Grundzüge S.78, Kegel Note 40 vor Art. 7. - Ebenso in Frankreich (vgl. Battifol S.340 Nr. 293, S.345, Nr. 295 bis, mit Nachw.), England (vgl. Cheshire S.48 ff. mit Nachw.), Italien (vgl. Schnitzer S.97 Note 3), USA (vgl. Schnitzer aaO, Kronstein S.291). - Für das geplante ZGB der Ostzone ebenso Wiemann S.284
 - 5) Wolff S. 37 ff., Selb AcP 157, 341 ff., Gutzwiller S. 1614, Neuner S. 28 u. passim, Süss JW 1937, 1975 ff., Planck implicite (zum Beispiel S. 60 unter d), S. 100 oben), sowie verschiedene französische Autoren (Despagnet, Valéry, Surville u.a.)

wahlabrede bestehen, kommt sie jedoch zum gleichen Ergebnis¹⁾. Eine dritte Lehre will Definitionen verwenden, die durch Rechtsvergleichung ermittelt wurden²⁾. Solange aber keine Einigkeit über die juristischen Grundbegriffe herrscht³⁾, ist diese Ansicht nicht praktikabel. Für die Prüfung der Rechtswahlklausel gilt die lex fori⁴⁾.

Praktisch bedeutet das, daß der Richter den ihm vorgelegten Vertrag zunächst nach deutschem Internationalen Privatrecht daraufhin prüft, ob er eine gültige Verweisung enthält. Wenn ja, braucht er von nun an kein Kollisionsrecht mehr anzuwenden; er stellt dann nach dem materiellen Recht der von den Parteien gewählten Rechtsordnung⁵⁾ fest, ob der Vertrag als solcher wirksam zustande gekommen ist oder nicht⁶⁾. Ist die Rechtswahlabrede nichtig, wird das maßgebliche materielle Recht nach den Grundsätzen über den hypothetischen Parteiwillen ermittelt. Nachdem dann die subsidiär anzuwendende Rechtsordnung festgestellt ist, wird nach ihren Normen geprüft, ob der Vertrag gültig ist.

-
- 1) Wolff behandelt (S. 38) die Rechtswahlabrede als Anknüpfungsbegriff, welchen er nach der lex fori qualifiziert
 - 2) Rabel, Qualifikation, S. 23 ff., ihm folgen von Tobler S. 63, Niederer, Einführung, S. 251 mit weiteren Nachweisen in Note 3, offenbar auch Kronstein S. 291
 - 3) Kronstein spricht S. 299 von einer "complete anarchy"
 - 4) Niederer S. 197, Nußbaum Grundzüge S. 170, Moser S. 235, Gamillscheg S. 340, BGH 29.11.1961 JZ 1963, 168 ISp., Lorenz Konsensprobleme S. 216, 218
 - 5) oder dem ihrem hypothetischen Willen entsprechenden Recht
 - 6) Falls der Vertrag unwirksam ist, bleibt die Rechtswahlabrede gültig, weil sie kollisionsrechtlicher Natur ist

C) Die Formen der Rechtswahl

I. Die ausdrückliche Vereinbarung

Wie soeben dargestellt wurde, gilt für die Prüfung der Gültigkeit der Rechtswahlabrede die *lex fori*, also deutsches Recht. Nach unseren Rechtsnormen ist daher festzustellen, ob die Wahl deutschen Rechts durch die Verweisung auf die ADSp und deren § 65 b wirksam ist.

§ 65 b ADSp¹⁾ lautet: "Für die Rechtsbeziehungen des Spediteurs zum Auftraggeber oder seinen Rechtsnachfolgern gilt deutsches Recht." Er betrifft also dem Wortlaut nach nur die Rechte und Pflichten des Spediteurs gegenüber dem Auftraggeber, nicht aber die korrespondierenden Befugnisse und Verpflichtungen des Auftraggebers. Eine solche enge Auslegung wäre sinnwidrig, § 65 b gilt vielmehr für das gesamte Rechtsverhältnis²⁾.

Die Rechtswahlklausel des § 65 b ADSp wird Vertragsinhalt, wenn die ADSp, wie üblich, als Gesamtkomplex in den Vertrag eingehen. Das geschieht nach den im ersten Teil dieser Arbeit angeführten Grundsätzen durch eine Vereinbarung, die Verweisung auf die ADSp. Sie sollte vor allem mit Ausländern grundsätzlich ausdrücklich getroffen werden. An den Nachweis einer ausdrücklichen Vereinbarung werden aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben besondere Anforderungen zu stellen sein. Wenn ein deutscher Spediteur etwa einer französischen Firma, von der er genau weiß, daß sie keinen der deutschen Sprache mächtigen Angestellten hat, eine ausführliche, aber nicht deutsch, sondern französisch abgefaßte Offerte

1) In den AÖSp fehlt § 65 b; ihr § 66 Abs.2 enthält eine Verweisung auf das Recht am Vertragsabschlußort

2) Krien/Hay § 65 Anm.5, Schlegelberger-Schröder § 407 Anm.47

mit dem Aufdruck "Wir arbeiten nur auf Grund der ADSp" schickt, kommt durch die einfache Annahme der Offerte keine Verweisung auf die ADSp zustande. Notwendig ist vielmehr entweder, daß der Ausländer eine ausdrückliche Annahmeerklärung zurückgeschickt hat und sich aus ihr oder anderen Umständen ergibt, daß er den Hinweis auf "die ADSp" verstanden hat. Man kann keinem Ausländer zumuten, für die Übersetzung eines einzelnen fremdsprachigen Satzes einen Dolmetscher beizuziehen¹⁾. Sind die ADSp dagegen ordnungsgemäß vereinbart worden, ist es grundsätzlich Sache auch eines ausländischen Auftraggebers, sich vom Spediteur ein Exemplar der ADSp schicken zu lassen oder es bei ihm einzusehen²⁾.

Natürlich können die Parteien das maßgebliche Recht auch unabhängig von der Vereinbarung der ADSp festlegen. Eine ausdrückliche Vereinbarung über das anzuwendende Recht kommt aber allgemein selten vor. Jede der Parteien scheut sich, ihrem ausländischen Geschäftspartner gegenüber als zu national eingestellt aufzutreten oder gar den Verdacht zu erwecken, den anderen durch die Vereinbarung der eigenen Rechtsordnung übervorteilen zu wollen³⁾. Beide verlassen sich darauf, daß es nicht zum Streit kommt. Das gilt besonders von den zwischen deutschen und ausländischen Spediteuren oft abgeschlossenen Korrespondenzverträgen, die zum Inhalt haben, daß beide sich verpflichten, alle Aufträge über den Partner im Ausland abzuwickeln, so-

1) Ähnlich (zugunsten eines Deutschen!) OLG Düsseldorf, Betrieb 1963, 929

2) Raiser S. 173 Note 1 am Ende

3) Das Gleiche gilt für Kaufverträge. Vgl. die Stellungnahme von Industrie und Handel zum Haager Kaufrechtsentwurf bei Petersen Rabels Z 24 (1959) S.6

fern der Kunde nicht ausdrücklich andere Weisung erteilt hat. Diese Verträge werden je nach dem Umfang der Geschäfte mündlich oder schriftlich abgeschlossen; von der "Frühstücksabrede" bis zum ausgearbeiteten Vertrag kommen alle Formen vor. Aber selbst in schriftlichen Vereinbarungen fehlt in der Regel eine Verweisung auf das anzuwendende Recht. Sie wäre dort genau so angebracht wie in Rahmenabkommen zwischen Großverladern und ihren "Hausspediteuren"¹⁾, sobald sie mit Ausländern abgeschlossen werden.

Wenn einmal eine Rechtswahlklausel Vertragsinhalt wird, handelt es sich regelmäßig um die Verweisung auf die Rechtsordnung des beauftragten Spediteurs. Die Spediteure bedingen sich - auch untereinander - ihr Recht aus, weil sie nur in ihrer Rechtsordnung die Risiken und Kosten richtig kalkulieren können. Bei Großaufträgen kommen sie dagegen oft den Wünschen des Auftraggebers entgegen.

Trifft die ausdrückliche Vereinbarung einer bestimmten Rechtsordnung, etwa der französischen, mit der Abrede zusammen, daß die ADSp gelten sollen, dann geht die Wahl des französischen Rechts dem § 65 b ADSp mit seiner Verweisung auf das deutsche Recht vor.

II. Die stillschweigende Rechtswahl

Eine Wahl der deutschen Rechtsordnung durch konklu-

1) Dabei erhält der Spediteur alle Transporte gegen einen niedrigeren Provisionssatz; solche Verträge bestehen regelmäßig mit rechtlich verselbständigten Speditionsabteilungen und oft zur Vermeidung der steuerlichen Nachteile des Werkfernverkehrs

dente Vereinbarung der ADSp ist möglich. Die Parteien können zum Beispiel durch die Klausel "§ 50 a ADSp soll nicht gelten" schlüssig die ADSp vereinbart haben. Damit haben sie gemäß § 65 b ADSp das deutsche Recht für maßgebend erklärt. Wie bei der ausdrücklichen Abrede müssen jedoch völlig eindeutige Tatsachen gegeben sein, um eine stillschweigende Verweisung auf die ADSp und das deutsche Recht anzunehmen.

Da eine nachträgliche Rechtswahl zulässig ist¹⁾, können die Parteien auch nach Abschluß des Vertrages die Geltung der ADSp stillschweigend vereinbaren. Der Spediteur kann seinen Verweisungswillen leicht dadurch nachweisen, daß er die Anmeldung des Speditionsauftrages bei den SVS/RVS-Versicherern (§ 6 B 4 SvS) vorlegt. Beim Auftraggeber kann ein derartiger Wille aber in der Regel nicht angenommen werden; zum Beispiel würde selbst die Bezahlung einer Speditionsrechnung mit dem Rechnungsposten "Speditions- und Rollfuhrversicherung" und dem Hinweis auf die ADSp nicht ausreichen. Die Rechnung braucht der Auftraggeber nicht als Vertragsangebot aufzufassen²⁾. Eine nachträgliche Rechtswahl durch konkludente nachträgliche Vereinbarung der ADSp dürfte deshalb kaum vorkommen.

Dagegen wird häufiger unabhängig von der Verweisung auf die ADSp eine konkludente Wahl deutschen Rechts

1) Schaps-Abraham § 642 Anm.22, Raape Festschrift für Boehmer 1954 S.111 ff., 115, Gamillscheg S.315, Kegel Studienbuch S.228, Neuhaus S.176, für die Schweiz: Landgericht Genf 26.3.1957 ZLR 1957, 345

2) BGH NJW 1959, 1679

durch die Einigung auf einen einheitlichen Gerichtsstand¹⁾ oder ein Schiedsgericht²⁾ in Deutschland vorliegen. Auch andere Umstände können darauf hindeuten³⁾. Das Gericht muß diese Anzeichen gegeneinander abwägen und entscheiden, welchem es dem Vorzug gibt, oder - noch besser - auf die Ermittlung einer konkludenten Abrede verzichten.

Die Verweisung bezieht sich, wenn nichts Besonderes vereinbart ist, auf das gesamte materielle, geschriebene oder ungeschriebene Privatrecht⁴⁾ eines Staates⁵⁾. Eine Beschränkung der Parteiautonomie dahin, daß nur das gesetzte Recht eines Staates gewählt werden dürfe, gibt es nicht. Daher gelten auch die gewohnheitsrechtlichen Regeln und die Hilfsnormen - die Verkehrssitte und der Handelsbrauch -, und zwar ohne eine besondere "Unterwerfung"⁶⁾.

Bei einer Vereinbarung deutschen Rechts sind also die deutschen Handelsbräuche - auch die ADSp - gegenüber einem Ausländer anzuwenden. Auf die Einzelheiten ist aber erst weiter unten einzugehen.

-
- 1) Schaps-Abraham Anm. 31 vor § 556, § 557 Anm. 7, Wolff S. 142, Raape S. 469, Gamillscheg S. 332, BGH 19.10.60 NJW 1961, 26; anderer Ansicht Beitzke AP 1952 Nr. 97 Anm. Über die Gerichtsstandsklausel in Konnossementen rechtsvergleichend Hoffmeyer S. 106 ff.; vgl. auch Kassationshof Paris 16.11.61 AWD 1962, 112.
 - 2) Wolff S. 142, Kegel Anm. 182 vor Art. 7 mit weiteren Nachweisen, Neuhaus S. 175, OLG Hamburg AWD 1958, 249, vgl. auch BGH 22.11.62 JZ 63, 681
 - 3) auf eine Aufzählung soll hier verzichtet werden
 - 4) Kegel Anm. 93 vor Art. 7; "Gesetz" in den Art. 7, 11, 15 usw. EGBGB ist untechnisch zu verstehen, vgl. Art. 2 EGBGB
 - 5) Das öffentliche Recht gilt regelmäßig ohnehin
 - 6) So aber (ohne Begründung) BGH 29.11.61 JZ 1963, 169 I.Sp., zustimmend Lüderitz dort S. 171 I.Sp.

Die durch eine Vereinbarung der ADSP bewirkte Wahl deutschen Rechts ist nicht sittenwidrig. Zwar ist Neuhaus¹⁾ Recht zu geben, wenn er formularmäßige Verweisungen, die recht häufig sind²⁾, mit dem gleichen Mißtrauen betrachtet wie andere Formularklauseln. Die globale Verweisung auf eine Rechtsordnung wie sie § 65 b ADSP enthält, ist jedoch kein Rechtsmißbrauch³⁾. Ein solcher ist auch nicht aus dem Gesichtspunkt der einseitigen Aufstellung der Geschäftsbedingungen abzuleiten. Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes verwendet diesen Gedanken nur bei der Abbedingung dispositiven Rechts durch Geschäftsbedingungen⁴⁾; der Gerechtigkeitsgehalt einer dispositiven Norm könne so groß sein, daß er nur durch einen ausgehandelten Individualvertrag verdrängt werden könne. Bei der Rechtswahl schieben die Parteien jedoch kein dispositives Kollisionsrecht beiseite, sondern machen von einer ihnen durch das Recht eingeräumten Befugnis erwünschten Gebrauch.

D) Die Gesetzesumgehung

I. Der Tatbestand

Die Parteien können sich durch die Verweisung auf ein fremdes Recht leicht zwingenden Normen des Rechts am Gerichtsort, ihres Heimatrechts oder einer sonstigen

1) S. 172 f.

2) In Nr. 26 der Geschäftsbedingungen der Banken, Nr. 24 der AGB der Sparkassen, § 126 Allg. Deutschen Seeversicherungsbedingungen, in den meisten Konnossements- und Charterpartieformularen, in § 13,2 der Allgemeinen Lieferbedingungen f.d. Export von Anlagegütern und vielen anderen (vgl. die Nachweise bei Haudek S. 101ff.)

3) anders wohl der Schiffspassagierfall, den Neuhaus S. 173 Note 420 berichtet

4) vgl. BGH 17.2.64 VersR 1964, 492

tatbestandsnahen Rechtsordnung entziehen. Meist wird das bei Normen zutreffen, die entweder das Geschäft vollständig verbieten oder nur mit anderem Inhalt zulassen. Gerade Schutzvorschriften zugunsten eines Vertragspartners verlocken geschäftstüchtige Unternehmer, zu Lasten des unkundigen Partners ausländisches Recht zu vereinbaren¹⁾. Im deutschen Speditionsrecht gibt es bis auf wenige Vorschriften nur abdingbare Rechtssätze. Dagegen besteht zwingendes Recht für den Straßengüterverkehr. Außerdem können die Parteien versuchen, ausländische zwingende Normen²⁾ durch die Verweisung auf deutsches Recht zu umgehen.

II. Der ordre public

Artikel 30 EGBGB bestimmt, daß die Anwendung ausländischer Normen dann unterbleiben muß, wenn sie gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes, gegen den deutschen ordre public, verstoßen würde. Man hielt diese Formel bisher für ausreichend, um die Gesetzesumgehung zu bekämpfen und betrachtete die Umgehung als einen Anwendungsfall des Artikel 30³⁾. Da diese Vorschrift nur elementare deutsche Rechtssätze, nicht auch ausländische Normen vor der Nichtanwendung schützen will, konstruiert man, um auch sie unter Artikel 30 zu bringen, einen Verstoß gegen die guten Sitten

-
- 1) Vgl. Abraham ZLR 1954, 257, der die geschäftsbedingungsmäßige Verweisung auf fremdes Recht zur Umgehung der zwingenden Regeln der (jetzt) §§ 44 ff. Luft-VG für ungültig hält, sowie Schaps-Abraham Anm. 31 vor § 556 HGB S.278 zur Umgehung der Haager Regeln
 - 2) z.B. ist der code de commerce für die französischen Lizenzspediteure nicht abdingbar (vgl. Sammlung der EWG-Kommission unter "Frankreich")
 - 3) Maier NJW 1962, 324; Palandt Vorbem.8 vor Art.7, Wolff S.48, weitere Nachweise bei Römer S.89 Note 1, für das Ausland bei Niederer S.334 Note 50

deutscher Auffassung und wendet das gewählte deutsche Recht nicht an¹⁾. Damit wird man weder dem Wortlaut noch dem Sinn der Vorbehaltsklausel gerecht. Denn Artikel 30 betrifft nur die Unvereinbarkeit von Rechtsvorschriften, nicht aber den Ausschaltungsversuch der Parteien, konkreter: Die Anwendung, nicht die Anwendbarmachung ausländischer Gesetze,²⁾ oder den Inhalt ausländischen Rechts, nicht die Art und Weise seiner Anwendbarmachung³⁾. Im übrigen werden durch die Vorbehaltsklausel nur gewisse elementare, nicht alle zwingenden Normen erfaßt. Mit dem ordre public allein können daher nicht alle Mißbräuche wirksam verhindert werden.

III. Der Rechtsmißbrauch

Mit Hilfe der Lehre vom Rechtsmißbrauch lassen sich die Lücken des Artikels 30 schließen. Der Begriff Rechtsmißbrauch oder "fraus legis" stammt aus der allgemeinen Rechtslehre. Er ist deshalb unbestimmt und schillernd⁴⁾, so daß sogar bestritten ist, ob er in das Kollisionsrecht übertragen werden darf⁵⁾. Deshalb besteht auch über die Definition keine Einigkeit, so daß viele Fälle des Rechtsmißbrauches systematisch ungenau bei dem Verbot nicht-sachgemäßer Rechtswahl behandelt werden.

1) Wolff, Palandt (wie vorige Note), weitere Nachweise bei Römer S. 172

2) Römer S. 92

3) Kegel, Studienbuch S. 172

4) z.B. unterscheidet ihn Schnitzer von dem Verbot der Gesetzesumgehung als ein besonderes Rechtsinstitut

5) Niederer S.334; für die Anwendbarkeit: Gutzwiller JW 1929, 3474, Schnitzer S.256, Nußbaum IPR S.75, Brändl Sp. 822, Raape S.132, Neuhaus S.130, 174

Unter Berufung auf dieses Verbot wird verlangt, daß die Parteien an der Rechtswahl ein aner kennenswertes Interesse haben müssen¹⁾, oder daß ihr Vertrag zum gewählten Recht eine gewisse tatsächliche Beziehung²⁾ hat. Der entscheidende Unterschied liegt aber darin, daß für den Rechtsmißbrauch die Absicht, eine tatbestandsnähere Rechtsordnung zu umgehen, notwendig ist³⁾. Wenn man an den Nachweis der Absicht⁴⁾ keine zu großen Anforderungen stellt, werden sich die Einschränkung der Parteiautonomie und der Rechtsmißbrauchsgedanke berühren.

Die Folge des Rechtsmißbrauches ist die Ungültigkeit der Rechtswahl; das Gericht hat dann mit Hilfe des subsidiären Schuldstatuts anzuknüpfen. Deutet der "hypothetische Parteiwille" jedoch auf die von den Parteien (nicht wirksam) gewählte Rechtsordnung, wäre der Zweck des Mißbrauchsverbotes vereitelt⁵⁾, wenn nicht die umgangene Rechtsordnung, mindestens aber ihre zwingenden Rechtssätze⁶⁾, angewandt würde⁷⁾.

IV. Die Umgehung deutschen Rechts

Im Speditionsgeschäft bestehen nur wenige zwingende privatrechtliche Vorschriften. Die Normen des HGB

-
- 1) Kegel, Studienbuch, S.227; Gamillscheg S.313, Schaps-Abraham Anm. 31 vor § 556 am Ende
 - 2) KG 16.8.1956, NJW 1957, 347, Moser S.83, Niederer S.196, Römer S.164
 - 3) Kegel, Studienbuch, S.168, Neuhaus S.130, Raape S.463
 - 4) Neuhaus hält ihn für schwierig und empfiehlt, es darauf nicht ankommen zu lassen
 - 5) s. zu dieser Frage auch unten S.
 - 6) Kegel hält auch nichtzwingendes Recht für umgebar (S.168 unter II Nr. 1), das ist bedenklich
 - 7) Die Rechtsfolge der Gesetzesumgehung ist strittig, vgl. Raape S.463 ff.

über die Spedition sind sämtlich dispositiv, soweit sie keine Definitionen und Weiterverweisungen enthalten¹⁾. "Zwingend" sind daher teilweise die §§ 407, 412, 413 HGB. Sie verweisen auf das Kommissions- und Frachtrecht, das jedoch in großem Umfang abbedungen werden kann. Zwingendes Frachtrecht sind die CMR, das GüKG, die KVO, § 662 HGB usw., vor allem also das Straßengüterverkehrsrecht sowie einige BGB-Normen, wie die §§ 134, 138, 276. Daneben gibt es zwingendes öffentliches Recht²⁾, zum Beispiel Preisvorschriften.

Eine Verweisung auf ausländisches Recht zur Umgehung des zwingenden Straßengüterverkehrsrechts würde nach dem oben unter III. Gesagten zur Folge haben, daß dieses gilt. Da die CMR auch innerstaatliches Recht ist, ergeben sich ihretwegen keine Besonderheiten.

Auch der UNIDROIT-Entwurf sieht die Unabdingbarkeit der Bestimmungen des (späteren) Abkommens vor (Art.42). Er läßt in Artikel 41 jedoch ausdrücklich eine Rechtswahl zu. Diese wäre also nur dann fraudulös, wenn sie eine Rechtsordnung eines Staates bestimmt, der das Abkommen nicht ratifiziert hat und dessen zwingendes Recht die Anwendung von Bestimmungen des Abkommens nicht gestatten würde. In diesem seltenen Ausnahmefall wäre die Rechtswahl unwirksam; an ihre Stelle träte dann das Hilfsstatut des Artikel 41 des Entwurfs.

Von den speditionellen Preisvorschriften sei als Beispiel der Kundensatzanzeiger für den Spediteursammelgutverkehr mit Bahn und Kraftwagen behandelt³⁾. Er ist

1) s. oben S.11 Note 2

2) Das GüKG ist privatrechtsgestaltendes öffentliches Recht (Hein/Eichhoff/Pukall/Krien § 22 Anm.9, Balanz § 22 Anm.1)

3) In Österreich besteht statt dessen seit 1960 ein Preiskartell

in der preisrechtlichen Verordnung PR 4/63 vom 12.6.1963¹⁾ enthalten und legt die Vergütung fest, die der Spediteur von dem Frachtzahlungspflichtigen für die Beförderung einer Sendung in Sammelladung verlangen muß²⁾. Die Verordnung gilt im grenzüberschreitenden Verkehr für die der deutschen Tarifhoheit unterliegende Strecke (§ 1 Abs. 3) und ist unabdingbar (§ 6). Sie gehört dem öffentlichen Recht an und wird daher von deutschen Gerichten entweder nach den Regeln des Internationalen Verwaltungsrechts³⁾ oder im Rahmen des *ordre public*⁴⁾ grundsätzlich ohne Rücksicht auf das vereinbarte Recht angewandt. Vereinbaren die Parteien eines Speditionsvertrages eine vom Kundensatz abweichende Vergütung für den Spediteur, ist diese Abrede⁵⁾ nichtig und wird durch den Tarif ersetzt (§§ 22 Abs.3 GüKG analog). Da dieser nur Inlandsstrecken erfaßt, muß also die Vergütung für den gesamten Transport (inländische und ausländische Strecke) mindestens so hoch sein wie das tarifmäßige Entgelt für die Inlandsstrecke.

V. Die Umgehung ausländischer Rechtsnormen

Zur Umgehung zwingender ausländischer Rechtsvorschriften sollen zwei Beispiele gebracht werden. Artikel 1341 *codice civile*, nach welchem Haftungsbeschränkungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zwingend

-
- 1) Banz Nr.114 v.26.6.63, sie ersetzt die VO PR 73/51
 - 2) Sie schließt die anteilige Fracht, die Speditionsprovision, die Roll- und Verladekosten ein (§ 2)
 - 3) Für Devisenrecht vgl. BGH 31, 372 u. NJW 62, 1251
 - 4) Früher BGH vgl. Bd. 22, 24, aa. Kegel Staudbuch S.46, unklar Moser S.220, Römer S.173
 - 5) nicht der Vertrag, vgl. BGH VRS 17, 113

schriftlich zu vereinbaren sind¹⁾, wird bei der Vereinbarung eines anderen Rechts in der Regel dann fraudulös umgangen, wenn in der Rechtsordnung, der der zu schützende Kunde angehört, Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht üblich sind. Verboten sind ja nicht Haftungsbeschränkungen schlechthin, sondern nur die nicht formgerechte Abdingung von Haftungsvorschriften. Muß der Kunde aber mit formularmäßigen Haftungsbeschränkungen rechnen, weil sie in seinem Lande üblich sind und von Gesetz und Rechtsprechung gebilligt werden, bedarf er nicht desselben Schutzes wie ein Italiener. Folglich wird ein deutscher Auftraggeber sich eventuelle italienische Spediteurbedingungen entgegenhalten lassen müssen, wenn deutsches Recht vereinbart sein sollte.

Der andere hier zu erörternde Fall ist der, daß der ausländische Spediteur strengen Haftungsregeln seines Heimatrechts entgehen will²⁾. Hier muß sorgfältig geprüft werden, ob sie nach dem fremden Recht abdingbar sind oder nicht. Wenn sie zwingend sind³⁾, verdienen sie in der Regel Beachtung. Sie sind dann auf den Vertrag anzuwenden. Nur so kann eine unerwünschte Gesetzesumgehung verhindert werden.

Kurz zusammengefaßt kann gesagt werden, daß die Parteien ihren Vertrag einer fremden Rechtsordnung nur insoweit unterstellen können, als sie dadurch nicht zwingende Rechtssätze von tatbestandsnäheren Rechtsordnungen

1) vgl. dazu oben S.86

2) z.B. gelten Spediteure in Großbritannien als common carriers (Kahn-Freund S.281) und haften für alle Schäden bis auf höhere Gewalt (Slaters S.304) -aber nicht zwingend:

3) z.B. kann nach Art.100 Abs.1 schweizer. Obligationenrecht nur die Haftung für leichte, nicht auch für grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden

gen rechtsmißbrüchlich umgehen oder fundamentale Rechtssätze der lex fori und damit deren ordre public verletzen¹⁾.

E) Das Vertragsstatut bei dem Fehlen einer Rechtswahl

I. Der "hypothetische Parteiwille"

Sehr oft haben die Parteien das maßgebliche Recht weder beim Vertragsabschluß bestimmt noch einigen sie sich im Prozeß darüber. In diesem Falle hat das Gericht wegen des Fehlens von ergänzenden Rechtsnormen²⁾ nach der im deutschen Internationalen Privatrecht feststehenden Ansicht von Rechtsprechung und Rechtslehre nach dem "hypothetischen Parteiwillen" zu forschen.

1) Die dogmatische Grundlage

Ausgangspunkt dieser Ermittlung ist die ergänzende Vertragsauslegung³⁾. Sie beruht auf § 157 BGB, welcher als - versteckte - Kollisionsnorm auch im Internationalen Privatrecht herangezogen werden kann. Nach § 157 BGB sind Verträge nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen. Treu und Glauben führen hier jedoch nur in seltenen Fällen weiter. Man kann nicht sagen, daß bei einem Vertrag über die deutsch-dänische Grenze hinweg "nach Treu und Glauben" dänisches Recht Anwendung finden müsse oder daß der deutsche

1) ähnlich Schaps-Abraham Anm. 31 vor § 556 HGB

2) anders der UNIDROIT-Entwurf (s. dazu unten S.109)

3) BGH 19.10.1960 NJW 61,25, OLG Hamburg 5.8.1958 NJW 58,191, Gamillscheg S.326, Nußbaum IPR S.216, Mann S.7, Soergel-Siebert §157 Anm.88, Würdinger RGRK HGB Einl.Anm.45, anderer Ansicht Raape S.475 Fußnote 29a, der zu Unrecht die kollisionsrechtliche Natur der Rechtswahl überbetont und eine Vertragslücke leugnet, sowie Henrich JZ 61,262 r.Sp., der das Wesen der Vertragsergänzung verkennt

Geschäftspartner "nach Treu und Glauben" verpflichtet sei, die Geltung dänischen Rechts hinzunehmen. Bei der grundsätzlichen Gleichwertigkeit aller Rechtsordnungen, von der auch Artikel 30 EGBGB ausgeht, kann mit dem Merkmal "Treu und Glauben" keine Verweisung auf ein bestimmtes Recht begründet werden. Nur bei einer wegen Gesetzesumgehung nichtigen Rechtswahl hat der Grundsatz von Treu und Glauben eine Funktion: Er verhindert, daß als Hilfsstatut die umgangene Rechtsordnung ermittelt wird¹⁾.

Die Verkehrssitte, auf die bei der Vertragsergänzung gemäß § 157 BGB Rücksicht zu nehmen ist, könnte Regeln entwickelt haben, nach denen bei bestimmten Geschäften mangels eindeutiger Rechtswahl stets eine bestimmte Rechtsordnung angewendet werden soll. Es fragt sich aber, ob sich innerhalb des Kollisionsrechts eine Verkehrssitte oder ein Handelsbrauch bilden kann und, wenn ja, welche Eigenschaften sie aufweisen müssen.

Der Rahmen der Parteiautonomie reicht aus zur Entstehung von Handelsbräuchen, die der Auslegung und Ergänzung der Parteiwillenserklärungen dienen. Es ist auch belanglos, daß die Rechtssätze des Internationalen Privatrechts Lebenssachverhalte nicht unmittelbar, sondern mittelbar über die durch sie berufene Rechtsordnung beeinflussen und regeln. Ähnlich hat ein kollisionsrechtlicher Handelsbrauch keine primäre Regelungsfunktion. Sein Anwendungsbereich ist sekundär: Er hilft nur, das maßgebliche Recht zu finden. Dieser Unterschied zu einem "gewöhnlichen" Handelsbrauch reicht aber nicht aus, um die Möglichkeit kollisionsrechtlicher Handelsbräuche zu leugnen.

1) s. oben S. 98 Note 5

Da im internationalen Handel nur gebilligt wird, was auch für zweckmäßig gehalten wird, würde eine internationale Handelsusage¹⁾ keine einseitige, sondern stets eine mehrseitige Kollisionsregel enthalten, etwa derart, daß im Zweifel das Recht des beauftragten Speditours - und nicht etwa stets deutsches Recht²⁾ - zu gelten habe. Aus diesem Grunde kann, selbst wenn die ADSp im internationalen Speditorenverkehr üblich wären³⁾, ihr § 65 b kein kollisionsrechtlicher Handelsbrauch sein.

Treu und Glauben sowie die Verkehrssitte und der Handelsbrauch versagen also als Hilfsanknüpfungen für den Speditorenvertrag. Deshalb muß auf die allgemeine Definition der Vertragsergänzung zurückgegriffen werden⁴⁾: Vertragsergänzung ist die richterliche Schaffung einer Regel, die für den eingetretenen, von den Parteien nicht vorgesehenen Fall eine gerechte Lösung ermöglicht⁵⁾.

-
- 1) Gelegentlich wird das Bestehen internationaler Handelsbräuche bestritten. Deshalb sei hier auf die INCOTERMS (s. oben S.75 Note 4) und die Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive, die teilweise Handelsbrauch sind (vgl. Baumbach-Buden Anh.II zu § 406) verwiesen. Im Speditorenrecht ist es international üblich, die vom fob-Versender nicht zu tragenden Verschiffungskosten vom Empfänger durch Nachnahme - nicht etwa durch Rechnungserteilung - einzuziehen.
 - 2) etwa weil es auf diesem Gebiet die vielleicht ausgereifteste Lösung aufweist
 - 3) s. darüber unten S.123 ff.
 - 4) zwischen der materiellrechtlichen und der kollisionsrechtlichen Vertragsergänzung besteht kein Unterschied (ähnlich Mann JZ 62, 10 I.Sp.)
 - 5) s. oben S.46 ff.

2) Der hypothetische Parteiwille in der Rechtsprechung und Rechtslehre

Hier ist nicht der Ort, ausführlich auf die Entwicklung der Lehre vom hypothetischen Parteiwillen einzugehen. Vielmehr kann auf gesicherte Ergebnisse hingewiesen werden. Der Bundesgerichtshof definiert die Aufgabe der Vertragsergänzung beim Fehlen einer Rechtswahl folgendermaßen: Es handelt sich..."in Wirklichkeit gar nicht um die Ermittlung hypothetischer subjektiver Vorstellungen der Parteien, sondern um eine vernünftige Interessenabwägung auf rein objektiver Grundlage"¹⁾. Diese Formulierung kehrt in späteren Entscheidungen zum interzonalen Privatrecht²⁾ und dann auch bald im Internationalen Privatrecht³⁾ wieder.

In der Literatur stehen sich eine objektive⁴⁾ und eine subjektive Lehre gegenüber. Eine extrem objektive Ansicht vertritt B e i t z k e. Er forderte 1955⁵⁾, daß generalisierend angeknüpft werden müsse, damit dem Gebot der Rechtssicherheit Genüge geleistet würde. Temperamentvoll bezeichnet er noch 6 Jahre später⁶⁾ die Formel des Bundesgerichtshofes als die Regel der Regello-sigkeit und spricht von einem Chaos in der Rechtsprechung, ja er bezweifelt sogar, daß sich diese Judikatur

1) NJW 1952, 540

2) z.B. in BGH 30.9.1952 BGHZ 7,235; 30.3.1955 BGHZ 17, 92

3) BGH 14.4.1953 BGHZ 9, 223; 13.11.1953 NJW 1954, 229

4) Abraham Luftrecht S.255, etwas eingeschränkt Schaps-Abraham Anm. 32 vor § 556 HGB, Kegel Anm. 190 vor Art. 7, Raape S.475, Soergel-Siebert § 157 Anm.94

5) In einer Anmerkung zum BGH-Urteil vom 30.3.1955 (BGHZ 17, 89 ff. interzonal) in JZ 1955, 586; früher bereits ebenso Gutzwiller S.1609

6) Grundgesetz und IPR S.12

mit dem im Grundgesetz verankerten Prinzip der Rechtsstaatlichkeit vertrage. Die mit dem etwas farblosen Satz des Bundesgerichtshofes eintretende Unsicherheit ist jedoch das Opfer für die Gerechtigkeit im Einzelfall. Bei einem starren Anknüpfungspunkt, wie ihn viele fremde Rechtsordnungen kennen, wird zwar die Rechtssicherheit gefördert, aber eine elastische Lösung des Streitfalles erschwert. Eine gewisse Stabilität erhält die Rechtsprechung jedoch neuerdings dadurch, daß in zunehmendem Maße auf den sogenannten Schwerpunkt des Vertrages abgestellt wird¹⁾, so daß B e i t z - k e s Kritik zum großen Teil gegenstandslos geworden ist.

S c h n i t z e r hat die Berücksichtigung des Wesens der Obligation zu einer selbständigen Lehre ausgebaut²⁾: Maßgebend sei zunächst die Rechtsordnung, die am Schuldort der für den Vertrag charakteristischen Leistung gelte. Wenn diese den Parteien die Rechtswahl gestatte³⁾, sei die ausdrückliche oder konkludente Parteivereinbarung maßgebend; sonst gelte das Recht am Schuldort der typischen Vertragsleistung. Bezeichnend für den Inhalt eines Vertrages sei in der Regel die Sach- oder Dienstleistung, das heißt diejenige der beiden Leistungen eines Vertrages, die in der deutschen Sprache durch die Vorsilbe "ver-" ausgedrückt werde. Das Verleihen, Vermieten, Verkaufen usw. sei die maßge-

1) Zuerst am 14.4.1953 BGHZ 9, 223. Der Gedanke des Schwerpunktes findet sich bereits bei Savigny (System Bd.VIII S.28, "Sitz des Rechtsverhältnisses")

2) S.643 ff., 651 sowie Art.50 seines Entwurfs eines Rechtsanwendungsgesetzes Gutzwiller-Festschrift 1959 S.429 ff., ihm folgen in Deutschland Neuhaus S.123 ff., von Caemmerer JZ 1959, 363 sowie im wesentlichen auch Raape S.475, Henrich JZ 61, 262

3) Es sind also auch ihre Kollisionsnormen (nicht die der lex fori) zu beachten

bende Tätigkeit. Demgegenüber trete die Geldzahlung, die regelmäßig nicht typisch für ein bestimmtes Rechtsgeschäft sei, in den Hintergrund. Beim Speditionsvertrag knüpft Sch n i t z e r daher mangels einer Rechtswahl an das Recht des Spediteurs an¹⁾.

Demgegenüber vertreten W o l f f²⁾ und andere³⁾ eine subjektive Lehre. W o l f f verlangt, ähnlich wie das Reichsgericht in älterer Zeit⁴⁾, daß sich das Gericht bei der Schwerpunktsuche die Vertragschließenden vorzustellen und zu versuchen habe, sich in ihre Lage beim Abschluß des Vertrages zu versetzen. Es sollte dann zu ermitteln versuchen, was die Parteien bei Aufklärung subjektiv als Recht bestimmt hätten. Außerdem habe das Gericht aber - hier weicht er von der älteren Reichsgerichtsjudikatur ab - die objektiven Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen⁵⁾. Diese Ansicht mutet sehr gefällig und geschmeidig an. Sie leugnet aber völlig die Realität, daß eben kein Parteiwille feststellbar ist. Richtig ist daher allein die von der herrschenden Lehre geforderte objektive Interessenabwägung.

II. Das Hilfsstatut für die Verträge des Spediteurs

In Deutschland haben sich bei der objektiven Schwerpunktermittlung für bestimmte Vertragstypen regelmäßig wiederkehrende Anknüpfungen herauskristallisiert.

1) S. 743

2) S. 143

3) Gamillscheg S.324 ff., Mann JZ 62, 6 ff.

4) RG 68, 203; 79, 388; 120, 72

5) parallel mit den "subjektiven" Umständen, Gamillscheg will die objektiven Momente nur hilfsweise verwenden.

Für den Vertragstyp "Speditionsvertrag" hat die Rechtsprechung¹⁾ und ihr folgend die Rechtslehre²⁾ stets hilfsweise die Rechtsordnung des Spediteurs für maßgeblich gehalten. Das Gleiche gilt für die Verträge mit Landfrachtführern³⁾, Lagerhaltern⁴⁾, Banken⁵⁾ und Versicherungsanstalten⁶⁾. Bei See-, Binnenschiffs- und Luftfrachtverträgen bestehen dagegen teils andere, teils keine in Rechtsprechung und Lehre übereinstimmenden Anknüpfungsregeln⁷⁾.

- 1) OLG Freiburg JZ 1951, 223, OLG Saarbrücken NJW 1953, 1832, OLG München NJW 58, 424, OLG Hamburg IPRspr. 1952/53 Nr. 21, LG Aschaffenburg, ebenda, Nr. 38
- 2) Palandt Anm. 2a vor Art.12 EGBGB, Raape S.479, Gamillscheg S.331, Schnitzer S.743 für die Schweiz, Stoll Rabels-Z 24(1959/60) 604 für die Kommission mit Nachweisen
- 3) Wolff S.144, Gamillscheg S.331, Kegel Stud.buch S.211, Raape S.479, OLG Düsseldorf 28.11.1956 IPRspr. Nr.53, LG Berlin 15.11.1956 IPRspr. 56/57 Nr. 56, LG Hamburg MDR 1954, 422, Schnitzer S.720 und Note 243 für die Schweiz mit Nachweisen. - In Frankreich gilt das Recht des Vertragsabschlußortes (Batiffol S.659 Nr. 606) -
- 4) Wolff S.144 - Batiffol schlägt (S.658 Nr.605) das Recht des Lagerortes vor, das in der Regel mit dem Recht des Lagerhalters übereinstimmen dürfte
- 5) Wolff S.144, Palandt Anm.2a vor Art.12, Kegel Stud.buch S.211, BGH 15.4.1959 NJW 1959, 1319, Käser RabelsZ 21 (1956) S.118 für Akkreditiv
- 6) Raape S.479, Wolff S.144, Bruck-Möller Einl. Anm.91, Kegel Stud.buch S.211, Palandt Anm. 2a vor Art.12, BGH 11.2.1953 Bd.9, 41; OLG Hamburg 1.7.1957, 5.3.1957, 24.4.1956 IPRspr. 1956/57 Nr. 50, 50a u. 55, Schnitzer S.735 und Tobler S.133 für die Schweiz. - In Polen, Schweden und der Tschechoslowakei gibt es entsprechende Gesetze (vgl. Schnitzer S.735) -
- 7) Zwischen Empfänger und Reederei gilt das Recht des Bestimmungshafens, vgl. dazu und zu den übrigen Rechtsbeziehungen Schaps-Abraham Anm. 34 ff. vor § 556 HGB, zum Luftrecht vgl. Schleicher-Reymann-Abraham S.254 ff., sowie § 56 Abs.2 Luft VG (wohl eine versteckte Kollisionsnorm)

Wie erwähnt, enthält die CMR - von Einzelpunkten abgesehen - keine Kollisionsregel. Dagegen sieht der UNIDROIT-Entwurf Hilfsstatuten vor. Für die Beladung und Ablieferung soll das am Lade- oder Entladeort maßgebende Recht gelten, für die übrigen Fragen das Recht des Staates, in dem sich beim Vertragsschluß der Hauptsitz des Spediteurs, mangels eines solchen, sein Wohnsitz, oder, beim Abschluß durch eine Niederlassung, diese befindet (Art. 41). Entscheidend ist aber nicht der Vertragsschluß, sondern die speditionelle Abwicklung. Wurde sie in der Hauptniederlassung vorgenommen, gilt deren Recht, wurde sie dagegen von der Zweigniederlassung ausgeführt, deren Recht. Auf den Ort der Auftragserteilung kommt es nicht an¹⁾, wesentlich ist allein der Platz, an welchem der Auftrag abgewickelt wird²⁾. Artikel 41 des Entwurfes bedürfte insoweit also der Klarstellung.

Der Grund, weshalb der UNIDROIT-Entwurf das Recht des Lade- oder Entladeortes und im übrigen das Recht des Spediteurs bevorzugt, dürfte der gleiche sein, der bei der objektiven Interessenabwägung im Rahmen der Vertragsergänzung zum Spediteurrecht führt: Der Umfang der geschuldeten Dienstleistung wird im allgemeinen nicht detailliert vereinbart. Der Spediteur bekommt zum Beispiel in der Regel keine Anweisung, die Waren auf Zwischenlager zu nehmen, falls die Weiterbeförderung aus irgendwelchen Gründen nicht sofort erfolgen kann. Was er zu tun hat, ergibt sich aus den an seinem Geschäftssitz maßgebenden Vorschriften und Usancen. Diese Regeln bestimmen den Umfang der nach dem Vertrag zu erbringenden Leistung. Wenn nun eine Leistung eines gegenseitigen Vertrages dermaßen in Art und Qualität

1) Ebenso Stoll RabelsZ 24, 617 für die Kommission

2) im umgekehrten Fall (Abschluß am Hauptsitz, Ausführung durch die Filiale) gilt das Recht der Filiale; zweifelnd Stoll aaO.

durch die Normen einer Rechtsordnung geprägt wird, liegt der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses an dem Ort, an dem sie geschuldet wird¹⁾.

Dogmatisch handelt es sich bei der regelmäßigen Anknüpfung an das Recht des Spediteurs, Frachtführers usw. um ein Hilfsstatut²⁾, welches anzuwenden ist, wenn nicht besondere Umstände dagegen sprechen³⁾. Es macht die ergänzende Vertragsauslegung nicht überflüssig, sondern hilft dem Richter, falls er bei der Schwerpunktsuche zu keinem Ergebnis kommt. Die bloße Tatsache, daß es sich um ein Geschäft dieses besonderen Typs handelt, hat dann das ausschlaggebende Gewicht und zieht die Waage in den für diese Vertragsart charakteristischen Rechtsbereich.

Die Feststellung, daß das Hilfsstatut bei Landfracht-, Lager- und Speditionsverträgen sowie bei Verträgen mit Banken und Versicherungsgesellschaften stets der Sitz des beauftragten Unternehmens ist, erleichtert es, das maßgebliche Recht für einen Vertrag zu finden, bei dem neben Speditions- auch andere Leistungen, etwa eine Einlagerung, Versicherungsvermittlung, Akkreditivabwicklung, ausbedungen worden sind oder bei dem neben Speditions- auch Frachtrecht gilt⁴⁾. Hier braucht nicht gesondert angeknüpft zu werden.

1) So schon Burchard 1894 (S.103), dagegen überzeugt das Argument "Massenverträge" nicht (so aber Wolff S. 144, Gamillscheg S.331, Raape S.479, Tobler S. 132), denn auch der Großverlader schließt solche ab.

2) Kegel spricht (Anm.191 vor Art.7) von "Sonderregeln" und Raape (S.481) von "Richtlinien"

3) ähnlich, aber weniger konkret, Neuhaus S.178 f.

4) s. dazu oben S.11

III. Die Anknüpfung an den Erfüllungsort

Wenn die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens ergebnislos verläuft, knüpft die Rechtsprechung trotz des Widerspruchs eines großen Teils der Lehre¹⁾ seit vielen Jahren unbeirrbar an den Erfüllungsort für die Vertragspflichten an²⁾. Sie ist aber bei denjenigen Vertragstypen überholt, bei denen ein Hilfsstatut besteht, wie bei den Fracht-, Lager- und Speditionsverträgen. Bei ihnen kommt also eine Anknüpfung an den Erfüllungsort regelmäßig nicht in Frage. Es gilt vielmehr das Recht am Geschäftssitz des beauftragten Spediteurs, der allerdings in den meisten Fällen Erfüllungsort für die geschuldete Speditionsleistung ist. Aber nach der hier vertretenen Ansicht richtet sich der gesamte Vertrag, also auch die vom Auftraggeber geschuldete Provisionszahlung und Auslagenerstattung nach dem Recht des Spediteurs³⁾.

F) Zusammenfassung

Der Spediteur kann mit seinem Kunden das für den internationalen Speditions-, Fracht- oder Lagervertrag maßgebliche Recht ausdrücklich oder konkludent vereinbaren. Ver-

-
- 1) Wegen der Spaltung des Vertrages und, weil sich immer ein hypothetischer Parteiwille feststellen lasse (so schon Nußbaum IPR S.221, Gutzwiller S. 1609)
 - 2) RG JW 28, 1196; RG 58, 367; BGH 23.3.55 BB 1955, 462; 19.9.57 WM 1957, 1367; 14.2.58 NJW 1958, 750; 9.6.60 LM 13 zur Art.7 EGBGB, ebenso Wolff S.146, Würdinger RGRKomm. HGB Einl. Anm.45, Ratz § 407 Anm. 24a, Mann S.14 am Ende trotz seiner Kritik auf Seite 11; zweifelnd OLG Köln NJW 1960, 1301
 - 3) Eine Spaltung wird aber mangels eines Schwerpunkts bei den sehr seltenen Kompensationsgeschäften (z.B. Speditionsleistung gegen Kreditbeschaffung für ausländische Filiale des Spediteurs) nicht zu umgehen sein

weist er auf die ADSp, gilt nach deren § 65 b deutsches Recht. Die Gültigkeit der Rechtswahl oder Verweisung wird nach dem Recht am Gerichtsort, deutschem Recht, nachgeprüft. Außer dem Fehlen des Konsenses oder anderen materiellrechtlichen Gründen können kollisionsrechtliche Gründe gegen die Wirksamkeit der Rechtswahl sprechen; es kann ein Verstoß gegen den ordre public oder eine sittenwidrige Umgehung zwingenden ausländischen oder deutschen Rechts gegeben sein. Dann gilt regelmäßig das umgangene Recht.

Vereinbaren die Parteien ein ausländisches Recht, so sollen dessen Sachnormen, nicht auch dessen Kollisionsregeln gelten. Eine Rück- und Weiterverweisung ist damit ausgeschlossen.

Beim Fehlen einer Rechtswahl enthält der internationale Vertrag eine Lücke, die gemäß § 157 BGB zu ergänzen ist. Da ein kollisionsrechtlicher Handelsbrauch fehlt, insbesondere § 65 b ADSp kein solcher ist, muß das maßgebliche Recht vom Gericht durch objektive Interessenabwägung gefunden werden. Dabei haben sich in der Rechtsprechung Hilfsstatute für Speditions-, Fracht- und Lagerverträge gebildet; bei diesen Verträgen wird stets an den Geschäftssitz des Spediteurs, Frachtführers usw. angeknüpft. Auch der UNIDROIT-Entwurf enthält ein entsprechendes Hilfsstatut. Deutsches Recht gilt also mangels eindeutiger Verweisung auf die ADSp nur dann, wenn ein in Deutschland ansässiger Spediteur mit der Güterversendung betraut wurde.

Teil III

Die ADSp in Verträgen zwischen Deutschen und Ausländern

A) Die Geltung der ADSp gegenüber Ausländern nach deutschem Recht

I. Die Vereinbarung als Geltungsgrundlage

Wenn nach den soeben dargestellten Regeln des deutschen Internationalen Privatrechts deutsches materielles Recht zur Anwendung gelangt, gelten die ADSp kraft Vereinbarung oder als Handelsbrauch. Denn das deutsche Recht unterscheidet prinzipiell nicht zwischen den Verträgen, an denen ein Ausländer beteiligt ist, und Verträgen, die nur unter Deutschen abgeschlossen werden. Der Ausländer wird in der Geltungskraft deutscher Rechtsätze einem deutschen Staatsangehörigen gleichgesetzt.

Die Vereinbarung der ADSp mit Ausländern wurde bereits oben abgehandelt¹⁾. Hier ist nur noch auf die Besonderheiten bei der Geltung der ADSp ohne Vereinbarung einzugehen.

II. Die Geltung der ADSp ohne Vereinbarung in Rechtslehre und Rechtsprechung

Die Rechtsprechung folgt im allgemeinen den Grundsätzen, die der Bundesgerichtshof in dieser Beziehung für Inlandsverträge aufgestellt hat. Das heißt, eine Unterwerfung unter deutsche Allgemeine Geschäftsbedingungen sei

1) S. 90 ff.

nur dann anzunehmen, wenn der Ausländer sie kannte oder kennen mußte. Ob man von einem Ausländer die Kenntnis der ADSp verlangen kann, wird nicht einheitlich beantwortet.

In einer Entscheidung des Langerichts München¹⁾ heißt es, daß es nicht darauf ankomme, ob die Klägerin - eine französische (wohl elsässische) Sockenfabrik - die ADSp beim Vertragsabschluß gekannt habe oder ob sie mit den ADSp-Bestimmungen rechnen mußte. Die Tatsache oder Übergabe der Ware an einen Straßburger Spediteur zur Weiterleitung nach München reiche aus, um eine Unterwerfung unter die ADSp anzunehmen. Das Gericht ging dabei jedoch von der unrichtigen Ansicht aus, den ADSp sei normative Kraft beizumessen. Aus diesem Grunde bildet die Entscheidung keinen Baustein für die hier zu entwickelnde Lösung. Wenig später hat dann das Oberlandesgericht Saarbrücken in dem oft zitierten Urteil vom 22.7.1953²⁾ angenommen, daß ein Ausländer die ADSp nicht grundsätzlich zu kennen brauche. Das Gericht meinte, daß die ADSp in Deutschland als Handelsbrauch gälten und fuhr dann fort: "Im vorliegenden Fall handelte es sich aber ...um eine Beförderung im Auftrage einer ausländischen Firma. Gerade einer solchen gegenüber wäre aber die Beklagte (Speditionsfirma) zu einem besonderen Hinweis verpflichtet gewesen, daß sie die Geltung der ADSp für das Geschäft beanspruche. Sie konnte und durfte keinesfalls voraussetzen, daß der Klägerin die ADSp bekannt seien oder daß sie gewußt habe, daß die Beklagte ihren Geschäften die ADSp zugrunde-zulegen pflege".

1) vom 18.2.1952 VRS 5, 346 mit ablehnender Anmerkung von Krien S.348

2) NJW 1953, 1832

Von der Rechtslehre wurde diese Entscheidung verschiedentlich gebilligt¹⁾, obwohl sie auf einen Umstand abstellt, auf den es beim Handelsbrauch nach ganz einheitlicher Meinung gerade nicht ankommt, auf die Kenntnis. Für die Geltung einer Usance ist es völlig irrelevant, ob die Vertragspartner oder einer von ihnen sie beim Vertragsabschluß kannte oder nicht.

Ganz abwegig ist der Gedanke des Oberlandesgerichts, den Spediteur für verpflichtet zu halten, den Ausländer auf die ADSp hinzuweisen. Wenn die ADSp als Handelsbrauch gelten, ist ein derartiger Hinweis überflüssig. Anscheinend meint das Oberlandesgericht Saarbrücken jedoch etwas ganz anderes: Die Pflicht des Spediteurs, seinen Kunden fachmännisch zu beraten, sofern er nach der Beurteilung des Spediteurs unerfahren ist²⁾. Darüber fehlen aber jegliche Ausführungen.

Den dem Saarbrücker Urteil entgegengesetzten Standpunkt nahm das Kammergericht in einem Urteil ein, über das der Bundesgerichtshof als Revisionsinstanz zu entscheiden hatte³⁾. In jenem Fall hatte ein amerikanischer Revueunternehmer eine deutsche Speditionsfirma mit dem Transport von Bühnenmaterial von Berlin nach Kiel beauftragt. Das Kammergericht erklärte, daß der Auftraggeber "als versierter Inhaber einer derartigen Revue, die von Land zu Land ziehe, ... auch als Amerikaner hinreichende Lebens- und Geschäftserfahrungen (habe), nach denen

1) Ohne nähere Begründung: Staudinger-Weber § 242 Anm. A 162, Palandt § 157 Anm. 5a, ablehnend dagegen: Soergel-Siebert § 157 Anm. 28, Seither S. 24 und mit ausführlicher Begründung Mälzig NJW 1954, 605

2) s. dazu ausführlicher oben S. 15

3) BGH 4.5.1956 VRS 11, 123 ff.

er habe erwarten müssen, daß sein Vertragspartner für die Regelfälle seines Handelszweiges ständig gleichartige Bedingungen aufgestellt habe ..."¹⁾. Das Kammergericht fährt dann fort, daß der Amerikaner sich den ADSp unterworfen habe. Dabei sei es gleichgültig, ob er als Kaufmann oder Privater anzusehen sei.

Den massiven Angriffen der Revision gegen diese Feststellung hat der Bundesgerichtshof²⁾ durch eine ausdehnende Auslegung des § 166 BGB den Wind aus den Segeln genommen. Er legte auf den Umstand besonderes Gewicht, daß der Speditionsvertrag für den Hintransport des Bühnenmaterials unter Beteiligung eines deutschen Bevollmächtigten des beklagten Amerikaners zustandegekommen war. Dessen Kenntnis der ADSp habe sich der Beklagte gemäß § 166 BGB auch für den Rücktransport zurechnen lassen müssen, den er später ohne Mitwirkung des Bevollmächtigten vereinbart hatte.

Mit welchen Schwierigkeiten die Gerichte ringen, zeigt ferner anschaulich ein rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 26.6.1955³⁾. Das Gericht stellte zunächst fest, daß die ADSp stillschweigend vereinbart seien. Dann hatte es Bedenken, daraus die Konsequenzen zu ziehen, das heißt die ADSp anzuwenden, und berief sich darauf, daß die ADSp als Handelsbrauch gälten. Daraus hätte es an sich folgern müssen, daß sich die ausländische Firma auf die Unkenntnis der ADSp nicht berufen könne, da die Anwendung eines Handels-

1) So wörtlich die Wiedergabe des kammergerichtlichen Urteils im Revisionsurteil

2) insoweit leider nicht abgedruckt in VRS 11, 123 ff.

3) VRS 10, 343 ff.

brauches unabhängig davon ist, ob ihn die Parteien oder eine von ihnen kennt. Das Landgericht schloß aus der Handelsüblichkeit jedoch nur, daß dem Auftraggeber die Kenntnisnahme, also die Information über den Inhalt der ADSp, auch zuzumuten war, und meinte, die Klägerin sei ja eine größere holländische Speditionsfirma, die sich in ihrer Fachpresse über die ADSp habe informieren können. Dann folgt: "Allein dies genügt schon für die Annahme einer stillschweigenden Billigung der ADSp durch die Klägerin¹⁾". Also wurden die ADSp schließlich doch als stillschweigend vereinbart angesehen (?).

Außer den angeführten Entscheidungen befassen sich - soweit erkennbar - nur noch zwei weitere mit der Geltung nichtvereinbarter ADSp gegenüber Ausländern und lehnen sie im Ergebnis ab²⁾. Die eine von ihnen ist nur im Leitsatz abgedruckt, die andere behandelt einen Vertragsschluß während des Krieges, also noch während der Allgemeinverbindlichkeit der ADSp. Beide Urteile lassen sich daher hier nicht verwenden.

Die Rechtsprechung trifft im Einzelfall sehr wahrscheinlich das richtige Ergebnis, ihr fehlt jedoch jegliche dogmatische Begründung und damit Stabilität und Vor-
aussehbarkeit. Soweit sie die Formel des Bundesgerichtshofs von der Geltung der Geschäftsbedingungen "kraft Kennenmüssens" verwendet, sind die Urteile abzulehnen. Eine "stillschweigende Unterwerfung" nur deshalb, weil der Kunde in Geschäftsbeziehungen zu einem Spediteur tritt, welcher - wie der Kunde weiß oder wissen muß - die ADSp anzuwenden pflegt, ist ein Unding. Hinzu kommt

1) S. 344

2) BGH 2.10.1958 VersR 1958, 189; OLG Köln 25.6.1954 Betrieb 1954, 695 (nur Leitsatz)

noch, daß es nicht einmal auf den Unterwerfungswillen des Kunden ankommen soll. Diese Willenserklärungsfiktion ist weder durch eine gesetzliche Vorschrift gedeckt, noch billigenswert. Sie führt zu einer ganz eindeutigen Bevorzugung des Aufstellers von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ist daher - wie es oben ausführlicher geschehen ist¹⁾ - abzulehnen.

In der Literatur finden sich nur verstreut Hinweise darauf, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen oder speziell die ADSp einem Ausländer gegenüber gelten. In der Regel wird die bei Inlandsverträgen übliche Formel vom Kennen und Kennenmüssen erwähnt und entweder hinzugesetzt, daß der Ausländer die Geschäftsbedingungen im allgemeinen kennen müsse²⁾ oder, daß ein Kennenmüssen nicht ohne weiteres anzunehmen sei³⁾. Schröder und Ferid meinen⁴⁾, daß die ADSp Ausländern gegenüber nicht als Handelsbrauch gälten, sondern stets vereinbart sein müßten. Da beide annehmen, daß sie auf Inländer als Handelsbrauch anzuwenden seien, hätten sie die andere Behandlung der Ausländer begründen müssen. Rechtsprechung und Rechtslehre sind also für die hier zu behandelnde Frage unergiebig.

III. Die Anwendung der ADSp als Handelsbrauch

1) Deutsche Handelsbräuche und Ausländer

Da die ADSp aus den im ersten Teil dieser Arbeit dargelegten Gründen als Handelsbrauch anzusehen sind,

1) s. Seite 21 f.

2) Krien/Hay § 2 Anm.5, Mälzig NJW 1954, 605

3) Palandt-Danckelmann § 157 Anm.5a, Staudinger-Weber § 242 Anm. A 162, Clauss MDR 1959, 167 Note 25

4) Schröder Anm. 11 zu § 407 S.2077 unten, Ferid Abschluß S.31 Note 65

liegt es nahe zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen deutsche Handelsbräuche auf Ausländer angewandt werden, und ob sich die gefundenen Regeln auf die ADSp als Handelsbrauch übertragen lassen.

Früher verlangten die Gerichte von dem deutschen Vertragspartner den Nachweis, daß der Ausländer den deutschen Handelsbrauch kannte und sich ihm "unterworfen" hatte¹⁾. Ein Teil der Lehre ist diesem Postulat unter Hinweis auf Treu und Glauben gefolgt²⁾. Regelmäßig kehrt das Wort "Unterwerfung" wieder. Auch der Bundesgerichtshof spricht in seinem Urteil vom 29.11.1961 davon³⁾. Unklar bleibt, ob es sich dabei um eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung oder um eine einseitige Willenserklärung handelt. In beiden Fällen wäre dann aber der Inhalt der Usance auf Grund der Abrede⁴⁾ in den Vertrag aufgenommen, er brauchte nicht als Handelsbrauch vertragsergänzend angewandt zu werden. Eine "Unterwerfung" unter einen Handelsbrauch gibt es also nicht.

Erst recht kommt es auf die Kenntnis des Handelsbrauches nicht an⁵⁾. Zum Wesen der Handelssitte gehört ja gerade, daß sie auch dann beachtlich ist, wenn die Parteien oder eine von ihnen sie nicht kannte. Warum sollte für

-
- 1) ROHG 6, 78; 12, 287; RG 95, 243; RG 3.4.1914 JW 1914, 673; KG 27.1.1917 JW 1919, 387
 - 2) Koenige-Teichmann S.609, Staudinger-Weber § 242 Anm. A 162, Düringer-Hachenburg-Geiler 3. Aufl. Bd. I Einl. S.33, § 346 Anm.9 c; Lüderitz JZ 1963, 171 l.Sp.
 - 3) JZ 1963, 167 ff., 169 l.Sp.; Lüderitz verwendet in seiner Anmerkung ebenfalls diesen Begriff ohne ihn zu definieren (S.171 l.Sp.). - Im Urteil hätte m.E. geprüft werden müssen, nach welchen Regeln das maßgebliche Recht einen englischen (oder niederländischen) Handelsbrauch berücksichtigt
 - 4) Bei einer einseitigen Willenserklärung des Ausländers bedürfte es der Annahme durch den Deutschen
 - 5) Staub-Gadow u. v.Godin, beide § 346 Anm.12

Ausländer etwas anderes gelten? Es besteht keine Veranlassung, diesen Grundsatz auf Deutsche zu beschränken.

Das Reichsgericht hat dann später die starre Forderung nach der Kenntnis aufgegeben und elastischer danach entschieden, ob dem Ausländer nach Treu und Glauben zugemutet werden konnte, den Handelsbrauch gegen sich gelten zu lassen. Bezeichnend dafür ist die Reichsgerichtsentscheidung vom 29.11.1919¹⁾, in der es heißt: "Es entspricht den Anforderungen von Treu und Glauben, daß jeder, der an einem Ort ein Handelsgewerbe betreibt, sein Verhalten so einzurichten hat, daß es mit den am Ort herrschenden Handelsgewohnheiten im Einklang steht. Mit einem solchen Verhalten des Gewerbetreibenden muß andererseits jeder rechnen, der sich mit ihm in geschäftliche Verbindungen einläßt. Soweit dem anderen die örtlichen Gewohnheiten nicht bekannt sind, ist es seine Sache, die erforderlichen Erkundigungen danach einzuziehen!"

In einer späteren Entscheidung schränkte das Reichsgericht diesen Grundsatz für lokale Handelsbräuche stark ein²⁾. Aber auch lokale Bräuche sollten gelten, wenn der Vertrag "an einer Börse oder durch einen am Ort wohnenden Vermittler"³⁾ abgeschlossen worden sei. Nur kurze Zeit nach diesem Urteil gab das Reichsgericht jedoch die Einschränkung auf überregionale Bräuche wieder auf⁴⁾. Es unterwarf also auch den Fremden in der

1) RGZ 97, 215; 218; sie betraf den Streit eines Hamburger Verfrachters mit einem Rostocker Schiffsmakler

2) RG 26.6.1928, JW 1928, 3109 mit abl. Anm. von Dove = Seuff.A. Bd.82 S.313 = Recht 1928 Nr. 2487

3) Hier taucht der Gedanke des § 166 BGB auf, der in dem oben besprochenen BGH-Urteil (s.S.116) entscheidend war

4) 13.10.1928 Seuff.A. Bd.83 S.86 Nr.52 = LZ 1929, 472

Regel den deutschen Handelsbräuchen, wie es umgekehrt - wenigstens im Prinzip - die deutschen Kaufleute verpflichtete, sich um die ausländischen Handelsgewohnheiten zu kümmern.

Die Lehre hat daraus den Schluß gezogen, daß das Reichsgericht der Kenntnis das "Kennenmüssen nach Treu und Glauben" gleichgestellt habe und folgt dieser Ansicht¹⁾. Treu und Glauben haben jedoch eine Hilfsfunktion und sollten als Begründung vermieden werden, wo es andere festere Wege gibt. Die hier aufgezeigten Grundsätze können daher nicht übernommen werden. Bei der Darstellung der Reichsgerichtsrechtsprechung wurde bereits aufgezeigt, daß gelegentlich allgemeine von lokalen Handelsbräuchen unterschieden wurden. Das hat seinen guten Sinn, wenn man die Kenntnis als Geltungsgrund ansieht: Je verbreiteter eine Handelssitte ist, desto eher ist sie bekannt und desto eher muß man sie kennen. Lehnt man aber, wie es hier geschieht, das Wissen oder Wissenmüssen als Basis der Anwendung ab, hat die Trennung der lokalen von den überlokalen Bräuchen keinerlei Wert.

S i e b e r t²⁾ übernimmt jedoch diese Unterscheidung aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts und wendet wie dieses allgemeine Bräuche, die ähnlich auch in anderen Ländern üblich sind, ohne weiteres auf Ausländer an. Wird hier die Kenntnis des Ausländers unwiderleglich vermutet? Was hat die Üblichkeit in anderen (welchen?) Ländern mit der Anwendbarkeit deutscher Usancen zu tun? S i e b e r t bleibt die Antworten schuldig. Seine extrem objektive Ansicht ist daher abzulehnen.

1) s. oben S.119 Note 2, vgl. auch Raiser S.166, der in dieser Rechtsprechung seinen Zumutbarkeitsgedanken bestätigt sieht

2) Soergel-Siebert § 157 Anm.28

Anders als die allgemeine soll die örtliche Handels-
sitte nach S i e b e r t nur dann gegenüber Auslän-
dern gelten, wenn besondere Anknüpfungspunkte vorlie-
gen. Obwohl die ADSp überregionaler Handelsbrauch
sind, soll noch kurz auf seine Behandlung lokaler
Handelssitten eingegangen werden, weil sie eine wesent-
liche Erkenntnis vermittelt. S i e b e r t will näm-
lich, wie vor ihm S i e g¹⁾ und O e r t m a n n²⁾
und einzelne Gerichte³⁾ die Regeln des Internationa-
len Privatrechts übernehmen. S i e g meint: Wie im
Kollisionsrecht stets entweder die Rechtsordnung des
einen oder die des anderen Vertragspartners maßgeb-
lich sei, so sei jeweils ein Ortsrecht ausschlaggebend;
nur auf dieses und die dort geltenden Handelsbräuche
könne man sich im Prozeß mit Erfolg berufen.

Als Anknüpfungsmomente nennt S i e g für Verträge
zwischen einen Kaufmann und einer Mittelsperson (zum
Beispiel einem Agenten, Makler, Kommissionär) die Nie-
derlassung der Mittelsperson⁴⁾. Da die Spedition eine
Unterart der Kommission darstellt, gilt also nach die-
ser Ansicht stets der Handelsbrauch am Sitz des Spedi-
teurs. Wo Sachenrechte im Spiel sind, soll es auf die
Belegenheit der Sache ankommen. Ebenso bei Lagerver-
trägen. Bei Abschlüssen auf Messen, Märkten, Börsen
oder in Häfen gilt der dort herrschende Ortsbrauch.
Schließlich soll der Erfüllungsort für das Maß und die
Art der Erfüllungshandlungen maßgebend sein.

1) BB 1953, 985 ff.

2) S.386 ff., 396

3) OGH NJW 1951, 111 m. weiteren Nachweisen

4) Er folgert diesen Satz aus den §§ 87d, 94, 96, 394
HGB

Die Ergebnisse dieser Ansicht sind zu stark begrenzt. Mit ihnen lassen sich bei weitem nicht alle Arten von Handelsbräuchen und alle Arten von Geschäften fassen, in denen Handelssitten eine Rolle spielen können. Fast alle aufgezählten Anknüpfungspunkte haben sich im Internationalen Obligationsrecht nicht durchgesetzt, weil sie zu starre, zu schematische und daher ungerechte Lösungen brachten. Sie waren ein Grund für die Anerkennung der Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht. Die Wahlfreiheit als Kernsatz des Schuldstatuts läßt sich aber auf die "Kollision" von Handelsbräuchen nicht übertragen. Daher ist der auf den ersten Blick bestechende Gedanke O e r t m a n n s und S i e g s nicht unmittelbar nützlich.

Beachtung verdient nur die rigorose Abkehr von subjektiven Momenten. Weder die Kenntnis noch das Kennenmüssen noch Treu und Glauben haben bei dieser Ansicht ihren Platz. Diese Objektivität ist zu begrüßen, nur darf sie nicht im Einzelfall unbillige Resultate zeigen. Richtig ist allein ein Mittelweg zwischen dieser streng objektiven und der älteren subjektiven Meinung; dieser Mittelweg bietet sich in der hier im ersten Teil behandelten Ansicht an.

2) Die eigene Ansicht

Die Wesensmerkmale eines Handelsbrauches sind:

- eine allgemeine tatsächliche Übung,
- die Zugehörigkeit der Vertragspartner zu der Gruppe derer, die die Übung praktizieren und
- ein Geltungswille innerhalb dieser Gruppe.

Dehnt sich der Bereich der anerkannten allgemeinen Übung über die deutschen Grenzen hinaus aus, dann erfaßt der nationale Handelsbrauch auch Ausländer, er wird zum "internationalen" Handelsbrauch. Auch die ADSp lassen sich unter diesen Voraussetzungen, die nunmehr detailliert werden, auf Fremde anwenden.

Zunächst müssen die ADSp also in den Geschäftsbeziehungen zu dem betreffenden Land üblich sein. Die deutschen Spediteure verwenden die ADSp bei allen Auslandstransporten, gleich aus welchem oder in welches Land, so daß sie im Verkehr mit allen Staaten üblich sind. Man kann auch nicht sagen, daß die Zahl der Transporte in bestimmte Länder so minimal sei, daß sich für diese Staaten keine Übung bilden konnte. Daher ist die Voraussetzung ständiger Übung gegeben. Sie läßt sich - anders als bei anderen vielleicht handelsüblich gewordenen Geschäftsbedingungen, die nur im Streitfall "sichtbar" werden - sehr leicht in jedem Einzelfall durch die Berechnung und Zahlung der SVS-Prämie nachweisen. Die SVS-Prämie muß nämlich auch der ausländische Auftraggeber zahlen. --

Näherer Ausführungen bedarf die zweite Voraussetzung der Anwendbarkeit eines Handelsbrauchs: Die Zugehörigkeit des Ausländers zu dem Kreis derer, die den Brauch anwenden. Hier hat im konkreten Fall derjenige, der sich auf die ADSp beruft, zu beweisen, daß beide Vertragspartner zu der Gruppe von Kaufleuten gehören, die die ADSp tatsächlich in Übung hält. Wie oben dargestellt, sind es die deutschen Spediteure und die hier sogenannten Verlader. Das sind diejenigen, die typischerweise mit Spediteuren kontrahieren und dabei die ADSp akzeptieren¹⁾.

1) s. oben S.67 ff.

Dazu gehören zunächst die im Inland ansässigen ausländischen Firmen mit nicht unbeachtlichem Transportaufkommen. Außerdem wenden die Angehörigen der Nachbarstaaten, wie Dänen oder Niederländer, und die rechtlich selbständigen Tochtergesellschaften deutscher Firmen im Ausland im Verkehr mit deutschen Spediteuren üblicherweise die ADSp an. Neben der Transportmenge mag es auf den Umfang des Geschäftsverkehrs mit Deutschland ankommen. Ausschlaggebend erscheint er jedoch nicht. Bestimmte Mindestquoten von Aufträgen an deutsche Spediteure brauchen nicht erreicht zu werden, wenn nur der sonstige Auslandsverkehr des Verladers beachtlich ist. Wenn der Vertrag über einen in Deutschland ansässigen Vertreter einer ausländischen Firma abgeschlossen wird, kommt es darauf an, ob er oder die vertretene Firma als "Verlader" anzusehen ist. Die Kenntnis des Vertreters über die ADSp ist, im Gegensatz zur Ansicht des Bundesgerichtshofes¹⁾, unerheblich; nicht die Kenntnis, sondern die VerlADEREIGENSCHAFT ist entscheidend.

Da es sich bei den ADSp um Einheitsbedingungen handelt, spielt es keine Rolle, wie groß der am Vertrag beteiligte deutsche Speditionsbetrieb ist. Größe, Umfang und Art des Betriebes sind gleichgültig²⁾. Aus der Natur der ADSp als Einheitsbedingungen folgt ferner, daß sich auf sie auch ein deutscher Spediteur berufen kann, der sonst keine Aufträge aus dem Ausland erhält. Die ADSp sind nicht auf den Auslandsverkehr zugeschnitten, so daß der Kreis der die ADSp-Übenden nicht nur die Firmen umfaßt, die Internationale Spedition betreiben.

1) s. oben S.116

2) anders für Inlandsgeschäfte Raiser S.210 (für die ADSp) und RGZ 103, 86 und LZ 1929, 472 (für Bankbedingungen)

Schließlich darf die Anwendung der ADSp nicht nur zufällig erfolgen. Sie muß von einem Geltungswillen getragen sein, der bei den im Inland ansässigen ausländischen Spediteuren, die die ADSp anwenden und den SVS gezeichnet haben, zweifellos gegeben ist. Auch die ausländischen Verlader mit Wohnsitz in Deutschland billigen die ADSp, ferner die ausgewanderten deutschen Kaufleute, wenn sie hier als Verlader anzusehen waren. Dabei erscheint es gleichgültig, ob sie noch die deutsche oder schon eine fremde Staatsangehörigkeit besitzen. Wenn sie aus dem Kreis derer, die die ADSp akzeptieren, ausscheiden wollen, müssen sie das eindeutig erklären, indem sie einer Geltung der ADSp bei jedem Auftrag widersprechen.

Im übrigen wird ein Geltungswille dort fehlen, wo es Allgemeine Geschäftsbedingungen auf Grund behördlicher Verbote, einschränkender Gesetze¹⁾ oder Rechtsprechung²⁾ oder aus tatsächlichen Gründen nicht gibt. Man wird etwas Fremdes nur gutheißen, wenn es Entsprechendes im eigenen Lande gibt.

Das Einverständnis derjenigen ausländischen Verlader, die ihren Geschäfts- oder Wohnsitz nicht in Deutschland haben, ist also dann anzunehmen, wenn es in der Heimat des Ausländers ähnlich verbreitete Geschäftsbedingungen

-
- 1) z.B. Italien (s. oben S.86), Frankreich (Verbot von Freizeichnungen durch die Spediteur-VO v.30.6.1961, vgl. Sammlung der EWG-Kommission unter "Frankreich"), Niederlande demnächst, wenn AGB genehmigungspflichtig sind (Westermann NJW 63, 1586), USA z.T., da der Sherman Act v.2.7.1890 monopolartige (Verbands)Konditionenkartelle verbietet (Siebenbürger S.121 ff.), Polen erlaubt nur gewisse AGB in Art.71 OR (Siebenbürger S.93)
 - 2) z.B. in der Schweiz, wo regelmäßig die ausdrückliche Vereinbarung verlangt wird (Metz S.111); in Österreich gelten die AÖSp dagegen als Handelsbrauch (OGH JurBl. 1954, 359)

eines Spediteurverbandes gibt, wie in Deutschland oder doch zumindest die größeren Speditionsbetriebe mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen arbeiten. Wo nur örtliche Spediteurbedingungen bestehen, kann der Versender, der in diesem Ort seinen Geschäftssitz hat, zum Geltungsbereich der ADSp gehören. Eine Liste der Länder, in denen Spediteurbedingungen verwendet werden, befindet sich am Schluß dieser Arbeit. Aus dieser Aufstellung ergibt sich, daß sie in den meisten europäischen Ländern bekannt und gebräuchlich sind, in Übersee sind sie dagegen weitgehend unüblich. Ein besonderer Geltungswille ist also - vereinfacht gesagt - desto seltener anzutreffen, je ferner das Land ist.

Die dritte Gruppe von Kaufleuten, in welcher die Billigung der ADSp vermutet werden kann, besteht aus den ausländischen Speditionsfirmen mit einer inlandsfiliale, welche die ADSp anwendet und den SVS/RVS gezeichnet hat. Da in Deutschland kein Spediteur gezwungen ist, mit den ADSp zu arbeiten, läßt ihre Anwendung durch die Filiale darauf schließen, daß die ADSp in der Hauptniederlassung gebilligt werden¹⁾. Bei diesen ausländischen Speditionsfirmen ist es also gleichgültig, ob an ihrem Stammsitz Geschäftsbedingungen üblich sind.

Kurz zusammengefaßt: Ein Geltungswille kann nicht bei allen ausländischen Spediteuren und erst recht nicht bei allen ausländischen Verladern angenommen werden, sofern ihr Sitz nicht im Inland liegt. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob es in dem fremden Land Geschäftsbedingungen der Spediteure gibt.

1) Ob die ausländische Firma eine Niederlassung im Inland besitzt, ergibt sich regelmäßig aus ihrem Briefkopf. Der Umstand, daß die Filiale nach den ADSp arbeitet, läßt sich meist aus dem entsprechenden Hinweis auf ihrem Geschäftspapier ersehen.

Die ADSp werden also auch im Verkehr mit dem Ausland geübt und innerhalb eines Kreises von Spediteuren und Verladern von einem Geltungswillen getragen. Sie können daher Ausländern als Handelsbrauch entgegengehalten werden. Voraussetzung dafür ist, daß sie typische Auftraggeber von deutschen Spediteuren, also Verloader oder Spediteure sind, und daß in ihrem Land Speditionsgeschäftsbedingungen üblich sind.

B) Die Auswirkungen der ADSp im internationalen Speditionsvertrag im Rahmen deutschen Rechts

I. Deutscher Spediteur

1) Vorbemerkung

Im Anschluß an die Darstellung der Regeln, nach denen die ADSp in einen internationalen Speditionsvertrag eingehen, sollen nunmehr kurz einige Punkte herausgegriffen werden, um die Auswirkungen der ADSp gegenüber Ausländern zu skizzieren. Dabei wird zunächst davon ausgegangen, daß ein deutscher Spediteur Auftragnehmer ist.

2) § 63 ADSp

Wie oben angedeutet wurde, gelten die hier dargestellten Regeln des Internationalen Privatrechts nur für die vertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen Spediteur und Auftraggeber. Die ADSp enthalten aber neben den Bestimmungen über die Vertragspflichten der Parteien auch Regeln über die Behandlung der Delikte des Spedi-

teurs. So bestimmt § 63 ADSp, daß der Auftraggeber sich nicht durch den Hinweis, es liege eine unerlaubte Handlung vor, den Haftungsausschüssen und -beschränkungen der ADSp entziehen könne. Kann sich ein Spediteur einem Ausländer gegenüber auf diese Bestimmung der ADSp berufen?

Das Statut für unerlaubte Handlungen ist nach der nicht weiter begründeten Ansicht von R a a p e, K e g e l und A r n d t der Parteiautonomie entzogen¹⁾. Im Anschluß an S c h a p s²⁾ halten sie jedoch eine nachträgliche Rechtswahl für möglich. R a a p e geht dabei - wie wohl auch die anderen Autoren - von einem "echten" Delikt aus und behandelt nicht die im Rahmen eines Vertragsverhältnisses begangenen unerlaubten Handlungen. Die Rechtsprechung hatte sich ebenfalls - soweit erkennbar - nur mit Vereinbarungen nach der Begehung "echter" Delikte, nämlich nach Schiffs-³⁾ und Kraftwagenzusammenstößen⁴⁾, zu befassen und sie für zulässig gehalten. Die Lehre sieht darin einen Schuldvertrag. Dieser soll die durch die unerlaubte Handlung entstandenen schuldrechtlichen Beziehungen verändern, welche durch das - vielleicht noch nicht festgelegte, aber vorhandene - Deliktsstatut näher umschrieben werden⁵⁾. Diese Verbrämung ändert nichts an der Tatsache, daß die Abrede das Deliktsstatut beiseite schiebt.

-
- 1) Raape S.579, Früher anders (in Staudinger-Raape S.196), Kegel Art.12 Anm.37, Erman-Arndt Art.12 Anm. E 2
 - 2) 2. Aufl. S.684 Anm.27, jetzt ebenso Schaps-Abraham Anm.22 vor § 734 HGB
 - 3) OLG Köln 16.12.1953 BB 1958, 353; HansOLG 6.4. 1961 Vers. R 1961, 823
 - 4) BGH 10.6.1960 Vers. R 1960, 907
 - 5) Raape Festschrift für Boehmer 1954, S.122

Dementsprechend leitet Raape auch die Befugnis zur Rechtswahl aus der kollisionsrechtlichen Partei-autonomie ab¹⁾. Es ist nicht einzusehen, warum das Deliktsstatut nicht auch durch eine vorherige Vereinbarung festgelegt werden kann. Außerdem erscheint es zweckmäßig, die im Rahmen eines Vertrages vorkommenden Delikte wie die Vertragsverletzungen nach einem einheitlichen Recht zu behandeln²⁾. Deshalb ist anzunehmen, daß die Rechtswahl in § 65 b ADSP auch die Ansprüche des Auftraggebers³⁾ aus unerlaubten Handlungen des Spediteurs umfaßt.

3) Das Pfandrecht

Das international-privatrechtliche Statut für Sachenrechte ist unabdingbar. Macht also der Spediteur sein Pfandrecht - aus § 410 HGB oder § 50 ADSP - geltend, so ist unabhängig von der Rechtswahl in § 65 b ADSP zu prüfen, welches Recht die dinglichen Rechtsbeziehungen beherrscht⁴⁾. Maßgebend ist die *lex rei sitae*, das Recht des Lageortes. Befindet sich die Ware bereits im Ausland, dann nützt dem Spediteur das fortbestehende⁵⁾ Pfandrecht nur etwas, falls jener Staat den mittelbaren Besitz genügen läßt oder, wenn nicht, wenigstens den kollisionsrechtlichen Grundsatz anerkennt, daß einmal entstandene dingliche Rechte durch den Gebietswechsel nicht berührt werden⁶⁾. Praktisch tauchen

1) S. 580

2) so auch Art. 28 CMR und Art. 17 UNIDROIT-Entwurf

3) Da der Empfänger regelmäßig nicht in Vertragsbeziehungen zum Spediteur steht, gilt für ihn das Deliktsstatut, nicht § 65 b ADSP

4) Wolff S. 175; Kegel Anm. 271 vor Art. 7, Erman-Arndt Anm. IV 1 vor Art. 12

5) Mittelbarer Besitz ist ausreichend; Schlegelberger-Schröder § 410 Anm. 10 ff. m. weit. Nachw.

6) Raape S. 608, Kegel, Studienbuch, S. 251

hier jedoch kaum Probleme auf, da der Spediteur sein Pfandrecht regelmäßig ausüben wird, solange sich die Sache in Deutschland befindet.

4) Der SVS-Schutz

Der ausländische Auftraggeber ist auf Grund des vom deutschen Spediteur gezeichneten SVS/RVS in demselben Umfang versichert wie ein deutscher Auftraggeber¹⁾.

Voraussetzung dafür ist allerdings, daß die ADSp kraft Vereinbarung Inhalt des internationalen Speditionsvertrages geworden oder ergänzend als Handelsbrauch her-zuziehen sind. Der Bundesgerichtshof²⁾ lehnt diese Prämisse mit dem Hinweis darauf ab, daß nach den §§ 2 und 6 SVS allein die Zeichnung des SVS/RVS durch den Spediteur ausreiche; die Zeichnung bewirke bereits die Versicherung aller durch den Spediteur abgewickelten Aufträge, ohne Rücksicht darauf, ob die ADSp gälten oder nicht. Der Wortlaut der §§ 2, 6 SVS kann allein nicht entscheidend sein, wichtig ist vielmehr ihre Auslegung nach dem Sinn und Zweck des SVS/RVS. Die Speditionsversicherung soll die Risiken abdecken, die durch die Freizeichnung des Spediteurs nach den ADSp vom Auftraggeber zu tragen wären. Sie ist eine Spediteurfehlerversicherung für den Auftraggeber. Dieser ist nach § 39 a ADSp Prämienschuldner. Der Spediteur zeichnet ferner den SVS/RVS nicht für alle seine Geschäfte, zum Beispiel nicht für bahnamtliche Rollgeschäfte, Möbeltransporte und Lagerraumvermietung. Schäden aus

1) Krien/Hay § 1 SVS Anm. 3

2) Urteil vom 14.7.1954 MDR 1954, 671 = VRS 7, 273
= Betrieb 1954, 694

dieser Art von Verträgen müßten also von den SVS-Versicherern getragen werden, ohne daß sie dafür Prämien erhielten.

Nach der teleologischen und logischen Methode ergibt sich also die Notwendigkeit der einschränkenden Auslegung. Sie läßt sich auch historisch nachweisen¹⁾. Einen Anhaltspunkt für die Ansichten der an der Aufstellung der ADSP und des SVS/RVS beteiligten Verbände bildet § 3 Ziffer 1 Satz 2 SVS, der den Verzicht der SVS-Versicherer auf Einwendungen aus den ADSP enthält. Wenn man nicht davon ausgegangen wäre, daß die ADSP immer gelten müssen, sobald die Versicherer in Anspruch genommen werden, hätte man den Verzicht nicht ausdrücklich in den SVS aufzunehmen brauchen. Die Anwendbarkeit der ADSP auf den internationalen Speditionsvertrag ist daher Voraussetzung für den Versicherungsschutz des SVS/RVS²⁾.

Wenn der Ausländer Spediteur, und zwar Hauptspediteur ist, ist sein (ausländischer) Auftraggeber versichert³⁾, jedoch nur für den Schaden, den der deutsche Zwischenspediteur zu verantworten hat, nicht für den vom ausländischen Spediteur verursachten Schäden. Für den Umfang des SVS-Schutzes ist es also in diesem Falle gleichgültig, ob der ausländische Versender oder Empfänger einen Spediteur in seinem Land einschaltet, oder ob er den Auftrag direkt einem deutschen Spediteur

-
- 1) vgl. Schwartz (Kommentar 1931 § 2 RVS Anm.3), der maßgeblich an der Aufstellung von ADSP und SVS/RVS beteiligt war
 - 2) In der Begründung und im Ergebnis ebenso Krien VRS 7, S.276 und Krien/Hay § 2 SVS Anm.5
 - 3) Krien/Hay § 4 SVS Anm.5. Sie folgern daraus zu Unrecht, daß ein Regreß der SVS-Versicherer gegen den ausl. Spediteur möglich sei (Anm.2a II zu § 12 SVS), durch die Vereinbarung der ADSP kann der ausl. Spediteur nicht schlechter gestellt werden als ein deutscher Auftraggeber

erteilt.

II. Ausländischer Spediteur

1) Allgemeines

Im ersten Abschnitt dieses Teiles wurden die Aufträge von Ausländern an deutsche Spediteure behandelt. Dabei wurde die Geltung deutschen Rechts unterstellt. Betrachtet man nun - ebenfalls unter dem Aspekt unserer Gesetze - die umgekehrte Auftragsrichtung, dass nämlich ein deutscher Kaufmann einen ausländischen Spediteur mit einem Transport betraut, so ergeben sich einige Besonderheiten. Bevor auf diese eingegangen wird, sei bemerkt, daß es in der Praxis selten ist, daß der auftragnehmende ausländische Spediteur sich auf die Vereinbarung des für ihn fremden deutschen Rechts einläßt.

2) Die Vereinbarung der ADSp

Der ausländische Spediteur könnte, entweder weil er selbst keine Geschäftsbedingungen hat, oder weil er die deutschen für besser als seine hält, die ADSp mit seinem deutschen Auftraggeber vereinbaren wollen. Daran kann ihn einmal die eigene Rechtsordnung hindern; der deutsche Richter hätte den hindernden Rechtssatz unter dem Gesichtspunkt der Umgehung zu beachten und zu prüfen. Ferner kann § 41 c ADSp dem Wunsch des Ausländers entgegenstehen. Diese Bedingung besagt, daß sich auf die ADSp nur berufen darf, wer den SVS/RVS gezeichnet¹⁾ hat. Die SVS/RVS-Versicherer schließen jedoch mit Spediteuren, die ihren Sitz im Ausland haben, nicht ab. Lediglich ausländische Staatsangehörige

1) Der Wortlaut des §41 c, der von "Deckung" der Versicherung spricht, ist irreführend. Die Zeichnung der Generalpolice reicht aus (BGH 4.5.1956 VRS 11, 123, Krien/Hay § 4, Anm. 6)

ge, die in Deutschland ein Speditionsgeschäft als Haupt- oder Zweigniederlassung betreiben, können den SVS/RVS zeichnen¹⁾. Die Vertragsfreiheit berechtigt die Versicherer, sich ihre Vertragspartner zu wählen, auch unter den deutschen Spediteuren²⁾. Daher kann die Beschränkung des SVS/RVS auf die deutschen Spediteure die Spediteure in anderen EWG-Staaten nicht diskriminieren, abgesehen davon, daß Diskriminierungen durch Versicherungsgesellschaften im EWG-Vertrag nirgends erwähnt werden. Endlich ist der SVS/RVS die Versicherung zu den Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen, die im wesentlichen auf die deutschen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse zugeschnitten sind. Die Risiken ausländischer Speditionsbetriebe sind bei der Ausarbeitung der SVS/RVS in den Jahren 1927 und 1929 nicht mitberücksichtigt worden.

Wenn der ausländische Spediteur die Speditionsversicherung nicht bei den Versicherern des SVS/RVS eindecken kann, ergibt sich zwangsläufig die Frage, ob er entgegen § 41 c ADSp - die ADSp entweder ohne jegliche Speditionsversicherung oder mit einer anderen Versicherung vereinbaren kann. Da die ADSp allgemeine Geschäftsbedingungen sind, können auch einzelnen ihrer Bestimmungen abbedungen werden. Die Form der Ausklammerung der §§ 39 - 41 ADSp ist jedoch in der Rechtslehre heftig umstritten. Die eine Richtung hält die ausdrückliche Zustimmung des Auftraggebers für notwendig³⁾, die andere läßt einen Hinweis des Spediteurs genügen und meint, falls er fehle, müsse der Vertrag nach Treu und Glauben

1) Krien/Hay § 1 SVS Anm. 1d

2) Krien/Hay § 16 SVS Anm. 1c

3) Colditz NJW 1962, 1094; Deringer BB 1960, 889; Fikentscher BB 1961, 301; Schwartz ZHR 125 (1963) 270; OLG Düsseldorf NJW 1962, 1574 mit Anm. von Colditz

dahin ergänzt werden, daß eine andere Speditionsversicherung als der SVS/RVS ausreiche¹⁾.

Geht man vom Regelfall der Vereinbarung "der ADSp" aus, dann muß diese Vertragsklausel so ausgelegt werden, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gebieten (§ 157 BGB). Üblich ist aber, daß die ADSp mit dem SVS/RVS gekoppelt sind²⁾. Die Verbindung ist als Kernstück der ADSp handelsüblich geworden und wird auch heute noch von einem entsprechenden Willen der Verladerschaft getragen. Wenn also eine andere Speditionsversicherung an die Stelle des SVS/RVS treten soll, muß im Interesse der Rechtsklarheit ausdrücklich, eventuell durch einen Hinweis auf dem Briefbogen³⁾, darauf hingewiesen werden. Von einem ausländischen Spediteur wird der deutsche Auftraggeber in der Praxis ohnehin erwarten können und müssen, daß dieser sich ausdrücklich auf die ADSp beruft und dar- tut, wo und wie er die Speditionsversicherung gedeckt hat. Hat der Spediteur keine Speditionsversicherung genommen, trotzdem aber die ADSp ausdrücklich vereinbart, wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob der deutsche Auftraggeber wie ein Verbotskunde⁴⁾ zu behandeln, oder ob die Vereinbarung der ADSp gemäß § 138 BGB nichtig ist.

Die ADSp sind die Geschäftsbedingungen der deutschen Spediteure. Wie soeben gezeigt wurde, gelten sie nur ausnahmsweise bei internationalen Speditionsverträgen,

1) Bindels BB 1958, 18; Schmid-Tophoff MDR 1961, 188; Bussmann WuW 1955, 283; Möller BB 1961, 396, Wolgast ZHR 126 (1964) 314.

2) siehe dazu oben S. 58 ff.

3) vgl. z.B. OLG Hamburg BB 62, 1141

4) Das ist ein Auftraggeber, der die Anmeldung des Verkehrsauftrages bei den SVS/RVS-Versicherern verbietet, um die Prämie zu sparen und damit auf den SV-Schutz verzichtet (vgl. § 6 B 1 SVS).

die ein ausländischer Spediteur abzuwickeln hat. Von einer handelsüblichen Geltung kann deshalb nicht die Rede sein, selbst wenn der deutsche Auftraggeber als "Verlader" anzusehen oder gar deutscher Spediteur ist. Die ADSp sind als Geschäftsbedingungen und daher auch als Handelsbrauch auf den Fall zugeschnitten, daß der deutsche Spediteur den maßgeblichen Auftrag erhält. Fehlt die ausdrückliche Vereinbarung, haben die ADSp in einem Rechtsstreit mit einem ausländischen Spediteur nur tatsächliche Bedeutung, und zwar insofern, als sich aus der Übereinstimmung einer ihrer Klauseln mit einem ausländischen Handelsbrauch häufig ergeben wird, daß der deutsche Auftraggeber diesen Brauch gegen sich gelten lassen muß.

3) Der SVS-Schutz

Der SVS/RVS, die Versicherung des Auftraggebers gegen Spediteurfehler, beruht auf dem Prinzip, die Lücke auszufüllen, die eine Freizeichnung des Spediteurs von seinen gesetzlichen Pflichten in die potentiellen Schadensersatzansprüche des Auftraggebers reißen würde. Was die ADSp nehmen, geben die SVS/RVS-Versicherer zurück. Dieser Grundsatz der kongruenten Abdeckung wird nicht vollständig durchgeführt, auf der einen Seite springt der SVS/RVS nicht für jeden auf einer Pflichtverletzung beruhenden Spediteurfehler ein¹⁾, auf der anderen Seite erweitert er die Haftung über den gesetzlichen Rahmen hinaus. Ohne ADSp und SVS/RVS würde der deutsche Hauptspediteur seinem Auftraggeber für Fehler des ausländischen Zwischenspediteurs nur haften, wenn er ihn nicht sorgfältig ausgewählt hätte²⁾.

1) vgl. z.B. § 5 SVS

2) § 408 HGB; genau genommen folgt es aus der Definition des Zwischenspediteurs. Dieser ist selbständiger Unternehmer wie der Frachtführer und der Verfrachter, nicht aber Erfüllungsgehilfe des Spediteurs

Nach § 4 Ziffer 1 SVS treten die SVS/RVS-Versicherer jedoch auch für die Fehler ausländischer Zwischenspediteure ein. Diese Regelung ist allerdings auf die Spediteure in den EWG-Ländern, Großbritannien, Skandinavien¹⁾, Irland, Österreich und der Schweiz beschränkt.

Selbstverständlich greift der Versicherungsschutz nur ein, wenn der (deutsche) Auftraggeber SVS-versichert ist, also im Außenverhältnis des Spediteurs zum Auftraggeber die ADSp gelten. Im internationalen Speditionsvertrag, das heißt im Innenverhältnis zwischen den beiden Spediteuren, brauchen dagegen die ADSp nicht zu gelten²⁾; das ist, wie gesagt, auch nicht üblich. Vielmehr werden zwischen den Spediteuren in der Regel die Geschäftsbedingungen des ausländischen Spediteurs vereinbart werden.

Das Innenverhältnis hat jedoch Bedeutung für den Umfang des zu ersetzenden Schadens. Der deutsche Auftraggeber kann von den SVS-Versicherern nicht mehr fordern, als er erhalten würde, wenn er anstelle des deutschen Hauptspediteurs den ausländischen Zwischenspediteur beauftragt hätte und jetzt nach Eintritt des Schadens in Anspruch nehmen würde. Der Auftraggeber wird theoretisch an die Stelle des Spediteurs gesetzt. Der Umfang seines Anspruchs richtet sich nach dem Inhalt des internationalen Speditionsvertrages. Gilt ausländisches Speditionsrecht, kann der Anspruch weiter gehen oder geringer sein als nach deutschem Recht, je nachdem, ob das ausländische Recht den Spediteur als

1) ohne Island

2) Krien/Hay § 4 SVS Anm. 4 Absatz 1 am Ende und Schwartz § 3 Anm. 3

Kommissionär oder als Frachtführer ansieht und ob Geschäftsbedingungen gelten oder nicht. Der Spediteur hat nach § 2 d ADSp das Recht, mit dem befugt eingeschalteten¹⁾ ausländischen Spediteur die üblichen Geschäftsbedingungen²⁾ zu vereinbaren. Diese Abrede bewirkt aber nicht, daß die Bedingungen des Dritten Inhalt des deutschen Speditionsvertrages würden. Sie bleiben vielmehr Inhalt des vom Spediteur mit dem Ausländer abgeschlossenen Vertrages³⁾.

Für den Auftraggeber⁴⁾ ist es also wegen des Umfangs des SVS-Schutzes wichtig, wie der Spediteur das Rechtsverhältnis zu seinem ausländischen Kollegen gestaltet. Da der Spediteur die Interessen seines Auftraggebers wahrzunehmen hat (§§ 408 HGB, 1 ADSp), hat er dem Abschluß des internationalen Speditionsvertrages besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

C) Die Auswirkungen der ADSp im Rahmen ausländischen Rechts

I. Ausländischer Spediteur

Die soeben unter der Geltung deutschen Rechts behandelte Situation, daß ein ausländischer Spediteur von einem deutschen Verladener oder Spediteur mit der Expedition

1) Wann diese Befugnis vorliegt, ist streitig, vgl. Schröder § 408 Anm.11, Ratz § 408 Anm.4, Krien/Hay S.354

2) Ratz § 408 Anm.9, Schlegelberger-Schröder § 408 Anm.13

3) Krien/Hay § 2 Anm.20. Das Problem, ob die Weiterverweisung auf AGB Dritter sittenwidrig ist (so HansOLG 5.12.63 BB 1964, 99) taucht hier also nicht auf

4) Sekundär auch für die Versicherer wegen ihres nach § 67 VVG möglichen Regresses gegen den Ausländer (s. dazu Krien/Hay § 12 SVS Anm.2 b III)

bestimmter Güter beauftragt wird, soll nun kurz unter dem Gesichtspunkt behandelt werden, daß ausländisches Recht gilt. Das ist die Regel, da die Spediteure im allgemeinen nur nach ihrer Rechtsordnung abzuschließen gewillt sind.

Nach den Normen der fremden Rechtsordnung richtet sich, ob die ADSp Vertragsinhalt geworden sind oder nicht. Dabei ist die ausländische Lehre und Rechtsprechung in weitestmöglichem Umfang zu berücksichtigen. Die Auslegung der einzelnen Bestimmungen der ADSp muß jedoch nach derjenigen Rechtsordnung vorgenommen werden, auf der sie aufbauen. Einzelne für eine bestimmte Rechtsordnung typische Vertragsklauseln, wie hier die ADSp-Regeln, sind nach dem ihnen zugrundeliegendem Recht auszulegen¹⁾. Daher gilt deutsches Recht zum Beispiel für die Frage, wie § 41 c ADSp zu interpretieren ist. Diese Bestimmung verbietet die Anwendung der ADSp allen denjenigen, die den SVS/RVS nicht gezeichnet haben. Da die ausländischen Spediteure den SVS/RVS nicht decken können, müssen sie die ADSp, wenn sie sie anwenden wollen, ausdrücklich und unter Hinweis auf das Fehlen einer Speditionsversicherung vereinbaren.

Beauftragt ein deutscher (Haupt)spediteur einen ausländischen (Zwischen)spediteur, und gelten zwischen dem deutschen Auftraggeber und dem Hauptspediteur die ADSp mit dem SVS/RVS, dann ist der Auftraggeber, wie oben dargestellt, auch gegen Fehler des ausländischen Zwischenspediteurs, nicht nur gegen eine fehlerhafte Auswahl des Zwischenspediteurs durch den deutschen

1) Schaps-Abraham Anm. 31 vor § 556 (S.278), HansOLG MDR 1955, 109; RG 39, 65 ff., 67

Hauptspediteur, versichert¹⁾.

Erteilt dagegen der deutsche Versender oder Empfänger einer Ware den Speditionsauftrag direkt an einen ausländischen Spediteur, dann greift der SVS/RVS-Schutz nicht ein. Der deutsche Versender wird daher - wenigstens in den Ländern, die § 4 SVS nennt - nur dann direkt einen Speditionsauftrag erteilen, wenn der Spediteur ihm als solvent und zuverlässig bekannt ist.

II. Deutscher Spediteur

Abschließend sei noch der umgekehrte Fall kurz beleuchtet, daß ein deutscher Spediteur von einem Ausländer beauftragt wird, der aber auf der Geltung seines Rechts besteht. Erklärt sich der deutsche Spediteur damit einverstanden, ist das ausländische Recht gewählt. Allerdings kann nur eine eindeutige Verweisung auf ausländisches Recht die Rechtswahlklausel des § 65 b ADSp beiseiteschieben²⁾.

Ausländisches Recht wird neben den ADSp ferner oft dann angewandt werden, wenn der deutsche Spediteur vor einem ausländischen Gericht klagt oder verklagt wird. Das fremde Gericht prüft nach seinem Internationalen Privatrecht, welche Rechtsordnung den Vertrag beherrscht. Da das ausländische Kollisionsrecht in weiten Bereichen nicht mit dem hier dargestellten deutschen übereinstimmt, ist es durchaus möglich, daß es die Parteivereinbarung über das maßgebliche Recht - und damit auch die Rechtswahlklausel des § 65 b ADSp für belanglos hält und zum Beispiel an den Abschluß- oder Erfüllungsort des Vertrages anknüpft.

1) Das trifft allerdings nicht auf alle Länder zu (vgl. § 4 SVS)

2) s. oben S.92

Selbst wenn das ausländische Gericht die Parteiautonomie anerkennt, beurteilt es unter Umständen die Frage, ob der Vertrag gültig abgeschlossen wurde und ob die ADSp Vertragsinhalt geworden sind, also das Zustandekommen des Vertrages, nach anderen Regeln, etwa nach seinem oder einem dritten Recht¹⁾.

Auch das deutsche Gericht hat nach der hier für das deutsche Internationale Privatrecht befürworteten *lex causae*-Theorie die Regeln des ausländischen Rechts für das Zustandekommen des Vertrages und die Geltung der ADSp anzuwenden, wenn ausländisches Recht ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart worden ist²⁾.

Gilt ausländisches Recht neben den ADSp, taucht hinsichtlich des Versicherungsschutzes nach dem SVS/RVS ein besonderes Problem auf. Die SVS/RVS-Versicherer haften auch dem ausländischen Auftraggeber für alle Schäden, für die der Spediteur "gesetzlich" in Anspruch genommen werden kann (§§ 2 Ziff. 1, 3 Ziff. 1 SVS) und die nicht durch Sonderbestimmungen des SVS/RVS von der Haftung ausgenommen sind. "Gesetzliche" Haftung bedeutet nach dem Grundgedanken des SVS, daß geprüft wird, ob der Spediteur bei dem Fehlen von ADSp und SVS/RVS nach den Vorschriften des deutschen Rechts schadensersatzpflichtig wäre³⁾. Wie ist es aber, wenn ausdrücklich fremdes Recht gewählt worden ist, der Ausländer also darauf bestanden hat, daß sein Recht maßgebend sein soll? Der deutsche Spediteur würde dann unter Umständen stärker haften als nach deutschen Vorschriften. Wenn ein Hamburger Spediteur zum

1) s. dazu oben S. 87 ff. und Merid Abschluß S. 32

2) vgl. oben S. 88

3) Krien/Hay § 2 Anm. 2, Schwartz § 1 Anm. 1, Isaac S. 335

Beispiel durch den Speditionsvertrag verpflichtet wurde, eine Sendung Rosen aus Pinneberg abzuholen und an seinen Auftraggeber nach Budapest auf den Weg zu bringen, müßte er nach ungarischem Recht¹⁾ ohne Rücksicht auf sein Verschulden²⁾ alle Beschädigungen ersetzen, die in seinem Lachtbereich eingetreten sind. Das deutsche Recht geht jedoch von dem Verschuldensprinzip aus. Die SVS-Versicherer müßten daher, wenn man die gesetzliche Haftung des Spediteurs nach ungarischem Recht untersucht und einmal unterstellt, sie sei durch die Vereinbarung der ADSp nicht abbedungen³⁾, mehr leisten, als nach deutschem Recht üblich ist.

Das Auslegungsproblem läßt sich lösen, wenn man § 5 Ziffer 2 SVS heranzieht. Nach dieser Bedingung sind Ansprüche des Auftraggebers von der Versicherung ausgeschlossen, die auf nicht üblichen oder "über die gesetzliche Haftungspflicht des Spediteurs" hinausgehenden Vereinbarungen beruhen. Alle Rechtsgeschäfte, die die Haftung des Spediteurs über den "gesetzlichen" Rahmen erweitern, sind nicht versichert. Der der Vorschrift zugrunde liegende Gedanke der Risikoabgrenzung besagt eindeutig, daß hier das deutsche Recht gemeint ist. Wenn aber nach § 5 SVS die über die deutschen Normen hinausgehende Haftung nicht versichert und daher vom Spediteur persönlich zu tragen ist, muß diese Auslegung auch für die §§ 2 und 3 SVS gelten. Der ausländische Auftraggeber erhält von den SVS-Versicherern also maximal den Schaden ersetzt, für den

1) § 520 Abs. I ungar.HGB (in Kraft ab 1.1.1960), abgedruckt im "Verkehr" 1959, 1526

2) Vattai "Verkehr" 1959, 1599; der Spediteur kann sich durch den Nachweis, daß höhere Gewalt, Verschulden des Absenders usw. vorlag, exculpieren

3) Ob § 520 ungar.HGB zwingend ist, ließ sich leider nicht feststellen

der deutsche Spediteur nach deutschem Recht einzustehen hätte. Da der ausländische Auftraggeber aber genau dieselbe Prämie wie ein deutscher zahlt, hat er andererseits Anspruch darauf, nicht weniger zu erhalten, wenn ihm sein Recht nur geringere Schadensersatzforderungen gegen den Spediteur zugesteht. Für das Rechtsverhältnis zwischen dem ausländischen Auftraggeber und dem SVS-Versicherern ist es daher gleichgültig, welche Rechtsordnung kollisionsrechtlich vereinbart wurde: Sie ersetzen nur den der Spediteurhaftung nach deutschem Recht unterliegenden Schaden.

Anders ist es in den Rechtsbeziehungen des fremden Auftraggebers zum deutschen Spediteur. Dieser muß die nach ausländischem Recht weiter gehende Haftung, den "Überschuß", gemäß § 5 SVS selbst übernehmen¹⁾. Wenn er das vermeiden will, muß er darauf achten, daß die in den ADSP enthaltene Verweisung auf deutsches Recht erhalten bleibt und nicht durch ausdrückliche Verweisung auf fremdes Recht abbedungen wird.

S c h l u s s

Die ADSP sind allgemeine Geschäftsbedingungen. Sie haben weder verordnungsähnlichen noch gewohnheitsrechtlichen Charakter und sind auch einem arbeitsrechtlichen Tarifvertrag nicht gleichzustellen.

1) Das Risiko wird durch die weiterhin anwendbaren §§ 51 ff. ADSP beschränkt, jedoch nicht, soweit Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Spediteurs oder leitender Angestellter gegeben sind, vgl. Ratz § 408 Anm. 25, Krien/Hay § 51 Anm. 1 b, BGH 20, 164; 29.10.1962 NJW 1963, 99 = MDR 1963, 110

Als Geschäftsbedingungen bedürfen sie grundsätzlich der ausdrücklichen oder konkludenten Verweisung. Die Fälle der sogenannten stillschweigenden Vereinbarung sind aus rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Gründen stark einzuschränken.

Wenn die ADSp im Einzelfall nicht vereinbart worden sind, gelten sie in allen ihren Bestimmungen als Handelsbrauch und Verkehrssitte gegenüber allen Kaufleuten und Privaten, die als typische Auftraggeber von Spediteuren ("Verlader") anzusehen sind.

Ausländer unterliegen den ADSp, wenn sie "Verlader" sind und wenn an ihrem Geschäftssitz ein Geltungswille für die ADSp besteht. Er ist zu vermuten, wenn dort Spediteurgeschäftsbedingungen gebräuchlich sind.

Die ADSp können als Handelsbrauch oder Verkehrssitte nur im Rahmen des § 157 BGB zur Ergänzung des lückenhaften Vertrages mit dem Spediteur herangezogen werden. Zwar gehen sie dispositiven Gesetzesrechtsnormen vor, im Einzelfall muß aber geprüft werden, ob die konkrete Bestimmung der ADSp eine zweckmäßige, billige Regelung und keinen Mißbrauch enthält. Aus diesen Gründen ergeben sich auch keine rechtspolitischen Bedenken gegen die Anerkennung der ADSp als Handelsbrauch etwa in dem Sinne, daß dadurch die Vertragsfreiheit unterhölt, den Verbänden eine Art Gesetzgebungsbefugnis gegeben und der vom Gesetz geschaffene Interessenausgleich beseitigt würde.

In Deutschland sind die ständige Übung und Anerkennung gerichtsbekannt (§ 291 ZPO), so daß der Kunde beweisen

muß, daß die im Rechtsstreit wichtige Einzelklausel der ADSp durch langjährige Nichtübung oder mangels allgemeinen Geltungswillens außer Kraft gesetzt ist. Für die Zugehörigkeit des Kunden zur Verladerschaft spricht der Beweis des ersten Anscheins. Bei internationalen Speditionsgeschäften ist dagegen von Fall zu Fall zu entscheiden.

Auf Ausländer sind die genannten Grundsätze nur anzuwenden, wenn nach den Regeln des Internationalen Privatrechts deutsches materielles Recht gilt. Ist der Rechtsstreit mit dem Ausländer in Deutschland zu beurteilen, ist nach deutschem Internationalen Privatrecht zu verfahren. Dieses bestimmt, daß die Parteien grundsätzlich das maßgebliche Recht selbst vereinbaren können. Die Rechtswahl kann durch die Verweisung auf die ADSp erfolgen, welche in § 65 b das deutsche Recht für anwendbar erklären.

Die Parteiautonomie umfaßt die Regeln über das Zustandekommen des Vertrages. Die Parteien bestimmen mit der Rechtswahl ferner die Vorschriften für die unerlaubten Handlungen im Rahmen des Vertrages, nicht dagegen für die dinglichen Rechtsbeziehungen.

Fehlt eine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl, gilt die Rechtsordnung des beauftragten Spediteurs. Dabei handelt es sich um ein hinter dem Schlagwort "hypothetischer Parteiwille" verstecktes subsidiäres Hilfsstatut, das die bisher übliche hilfsweise Anknüpfung an den Erfüllungsort verdrängt hat.

Da ausländische Spediteure den SVS/RVS nicht zeichnen können, dürfen sie sich weder einem deutschen Auftraggeber noch einem deutschen Spediteur gegenüber auf die ADSp berufen, es sei denn, diese hätten der Geltung der ADSp eindeutig zugestimmt.

A n l a g e

Länder mit Spediteurgeschäftsbedingungen

Belgien	Antwerpener Spediteurbedingungen (Algemene Voorward van de Expediteurs van Antwerpen) von 1959 Verband: Fédération des Expeditors de Belgique, Antwerpen.
Dänemark	Allgemeine Bedingungen des Nordisk Speditörförbund vom 1.7.1919, revidiert 13.3.1959 Verband: Dansk Speditörforening, Kopenhagen.
Finnland	wie Dänemark Verband: Finlands Speditörförbund, Helsinki.
Frankreich	Keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Üblich ist aber die Abrede, daß die Haftung nicht weitergehe als die der am Transport beteiligten Verkehrsträger sowie daß das Tribunal de Commerce am Sitz des Spediteurs Gerichtsstand sei. Verband: Fédération Française des Commissionnaires et Auxiliaires de Transport, Commissionnaires en Douane, Transitaires, Agents Maritimes et Aériens, Paris.

Großbritannien	Standard Trading Conditions 1956 Verband: The Institute of Shipping and Forwarding Agents, London.
Italien	Nur örtliche Spediteurbedingungen in den großen Häfen und Mailand, zum Beispiel Allgemeine Bedingungen der Internationalen Triester Hafenspediteure Verband: Federazione Nazionale Spedizioneri, Rom.
Jugoslawien	Allgemeine Bedingungen, unter denen in Jugoslawien Spediteurdienste im Internationalen Verkehr geleistet werden Verband: Section des Commissaires-Expeditors Internationaux de la Chambre de Commerce de Belgrade, Belgrad.
Niederlande	Allgemeine Bedingungen des Bundes niederländischer Spediteurvereine von 1956 Verband: Federatie van Nederlandse Expeditorsorganisaties, Amsterdam-Rotterdam.
Norwegen	wie Dänemark Verband: Norges Speditørforbund, Oslo.

Österreich	Allgemeine Österreichische Spediteurbedingungen (vgl. oben S.9) Verband: Zentralverband der Spediteure, Wien.
Schweiz	Allgemeine Bedingungen, feststellt vom Schweizerischen Speditorenverband von 1932 Verband: Schweizerischer Spediteurverband, Bern.
Schweden	wie Dänemark Verband: Sveriges Speditörförbund, Stockholm.
Spanien	Keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen; übliche Vereinbarungen wie in Frankreich.
Indien, Pakistan	Die britischen oder ehemals britischen Speditionsfirmen arbeiten mit den Standard Conditions (s. Großbritannien), die übrigen Spediteure verwenden keine Geschäftsbedingungen. Es gibt nur örtliche Spediteurvereine.

Lebenslauf

Ich wurde am 8. Juli 1934 als Sohn des Dr. phil. Hans Krieg und seiner Ehefrau Anneliese geb. Schulz in Danzig geboren. Die Volksschule besuchte ich in Berlin-Hermsdorf und - nach der Evakuierung - in Karthaus in Westpreußen sowie in Seesen am Harz. Von 1945 bis 1951 war ich Schüler des Johanneums in Hamburg. Nach Lehr- und Angestelltenjahren bei der Speditionsfirma Kühne & Nagel in Hamburg legte ich am 18.9.1954 die Reifeprüfung an der Hamburger Staatlichen Abendoberschule ab. Anschließend studierte ich in Marburg und Frankfurt am Main Rechtswissenschaften. Am 15.12.1959 bestand ich die erste Staatsprüfung in Frankfurt am Main. Den Referendardienst leistete ich in verschiedenen hessischen Städten sowie an der Verwaltungshochschule Speyer bis zum 24.3.1964, dem Tage meines großen Staatsexamens, ab.

VERZEICHNIS

Das Verzeichnis ist in zwei Teile gegliedert. Der erste Teil enthält die Namen der Verfasser, die den Text bearbeitet haben. Der zweite Teil enthält die Namen der Verfasser, die die Abbildungen gezeichnet haben. Die Namen sind alphabetisch geordnet. Die Seitenzahlen sind in der rechten Spalte angegeben.

